



O CONSENTIMENTO DO OFENDIDO NA DOGMÁTICA JURÍDICO-PENAL

CARLOTA VILAÇA BASTOS SILVA

**DISSERTAÇÃO CONDUCENTE AO GRAU DE MESTRE EM CIÊNCIAS JURÍDICO-
CRIMINAIS, SOB A ORIENTAÇÃO DO PROF. DR. ALMEIDA COSTA**

Setembro de 2018

Agradecimentos

Em primeiro lugar, agradeço ao Prof. Dr. Almeida Costa, meu orientador, por quem tenho uma enorme admiração, pela disponibilidade, ensinamentos e conselhos, e por ter despertado em mim, através do seu ensino de excelência, o interesse pelo Direito Penal.

Agradeço aos meus pais pelo amor incondicional. Em particular, à minha mãe, pela força e encorajamento e ao meu pai, pelo carinho e compreensão. Agradeço aos meus irmãos, por toda a colaboração e à restante família, pelo apoio e cuidado. Agradeço ao Miguel, porque esteve sempre ao meu lado, ajudando nas pequenas e grandes coisas. Agradeço a todos os meus amigos, pela motivação e palavras de incentivo. Agradeço aos meus colegas do mestrado pela entreaajuda e partilha de dúvidas e angústias.

Acima de tudo, agradeço a Deus, que é digno de toda a honra e glória. Porque nunca me abandonou e sem Ele nada teria sido possível.

RESUMO:

A presente dissertação desenvolve uma análise crítica em torno da figura jurídico-penal do consentimento. Focando em especial as doutrinas portuguesa e alemã, procede-se a uma breve incursão pelas diferentes concepções que procuram explicar o fundamento e o enquadramento dogmático deste instituto. Divergindo da doutrina maioritária, que situa o consentimento do lesado entre as causas que afastam a ilicitude da conduta, e acompanhando de perto os trabalhos de CLAUS ROXIN sobre a matéria, conclui-se que o consentimento, positivado na lei portuguesa no art. 38.º do Código Penal, exclui a tipicidade. Partindo da ideia que a relevância do consentimento assenta na disponibilidade do bem jurídico, são abordados os limites que se impõem a este pressuposto. Neste âmbito, dedica-se especial atenção à cláusula dos bons costumes, que deve ser considerada, não um pressuposto autónomo, mas um limite geral à disponibilidade. Consideram-se também os diversos requisitos de eficácia, cuja reunião garante que o consentimento prestado se assuma como verdadeira expressão da autonomia. Finalmente, alude-se à categoria dogmática do consentimento presumido, onde, expondo-se as principais características que o distinguem tanto do consentimento efetivo, como do estado de necessidade, conclui-se que se trata de uma causa de justificação autónoma.

ABSTRACT:

This dissertation develops a critical analysis on the legal criminal concept of consent. Focusing in particular on the portuguese and german doctrines, a brief incursion is made among the different conceptions that seek to explain the principles and the dogmatic framework upon which this institute lays. Contrary to prevailing doctrine, which locates the consent of the injured among the causes that remove the unlawfulness of conduct, and closely following the work of CLAUS ROXIN on the subject, we conclude the consent, which is prescribed in Portuguese law in article 38 of the Criminal Code, excludes the typicity of the conduct. Considering that the relevance of the consent is based on the availability of the legal asset, we approach the limits that are imposed on this assumption. In this context, particular attention is paid to the clause of good decency, which should be considered not as an autonomous presupposition but as a general limit to availability of the legal asset. The different efficacy requirements are also considered, which combination guarantees that consent is assumed as a true expression of autonomy. Finally, it is alluded to the dogmatic category of presumed consent, where, by exposing itself to the main features that distinguish it both from actual consent and from the state of necessity, one concludes that it is an autonomous justification cause.

Siglas e abreviaturas

Art., arts.	-	artigo, artigos
CP	-	Código Penal
CRP	-	Constituição da República Portuguesa
<i>i.e.</i>	-	<i>id est</i> (isto é)
n.º, n.ºs	-	número, números
p., pp.	-	página, páginas
rev.	-	revisão, revista
trad.	-	tradução (de), traduzido (por)
<i>v.g.</i>	-	<i>verbi gratia</i> (por exemplo)

Sumário

Sumário	6
Introdução.....	7
I. Fundamento do consentimento e enquadramento sistemático.....	9
1. Teoria do negócio jurídico	11
2. Doutrina tradicional.....	12
3. Paradigma dualista: consentimento e acordo	13
4. Perspetivas intermédias	18
5. Consentimento como causa de atipicidade do facto.....	20
6. Conceção adotada.....	23
II. Pressupostos da relevância do consentimento	28
1. Disponibilidade do bem jurídico	28
2. Não contrariedade aos bons costumes como limite à disponibilidade do bem jurídico	31
3. Tutela da autonomia	36
a) Manifestação de uma vontade séria, livre e esclarecida.....	36
b) Forma e momento.....	41
c) Objeto do consentimento	43
d) Capacidade de compreensão.....	45
e) Conhecimento do consentimento.....	47
III. Consentimento presumido.....	49
Conclusão	53
Bibliografia.....	55

Introdução

O direito penal visa a «preservação das condições essenciais da vida comunitária»¹. No contexto do sistema jurídico global, este ramo assume uma função de proteção e garantia, estabelecendo normas que proíbem condutas suscetíveis de lesar ou colocar em perigo bens jurídicos (ou que impõem a realização de condutas suscetíveis de evitar essas ofensas). O crime, por conseguinte, traduz-se na violação de normas de determinação. Este ramo do direito encontra-se umbilicalmente ligado ao quadro jurídico e axiológico constitucionalmente consagrado, onde a pessoa humana e a sua inerente dignidade assumem um lugar primordial². A liberdade, constituindo uma das mais importantes dimensões da pessoa, surge como valor fundamental que o ordenamento jurídico-penal busca preservar.

Esta ideia está desde logo presente no facto de a tutela penal, ao implicar uma restrição particularmente intensa da esfera da autonomia individual, obedecer ao princípio da proporcionalidade plasmado no art. 18.º da CRP. Significa que, por um lado, só haverá intervenção penal quando esteja em causa a lesão grave de bens jurídicos essenciais. Exige-se que cada pessoa se abstenha de praticar atos considerados insuportáveis para a vida em sociedade. Por outro lado, trata-se de uma tutela de *ultima ratio*, subsidiária face a outros meios de reação disponíveis no ordenamento jurídico, atuando apenas quando estes se revelam ineficazes, insuficientes ou inadequados.

Enquanto valor constitucional, para além de balizar o campo de intervenção do direito penal, a liberdade assume-se como um dos bens jurídicos protegidos por excelência, dando lugar à criminalização de condutas atentatórias das diferentes expressões dessa liberdade. Em todos esses casos, a antinormatividade da ação reside no desrespeito pela vontade da pessoa. Inversamente, a mesma conduta será, em princípio, conforme ao direito, se praticada ao abrigo da vontade manifestada pela pessoa atingida, isto é, sob o seu consentimento.

Se assim é nos crimes cujo objeto imediatamente protegido é a liberdade, quando falamos da tutela de outros bens jurídicos de natureza pessoal, nem sempre tem sido evidente qual o papel desempenhado pela autonomia. Deverá, mesmo nesses casos, ser considerada um

¹ A. M. ALMEIDA COSTA, *Ilícito pessoal, imputação objectiva e comparticipação em direito penal*, Coimbra: Almedina, 2014, p. 568.

² Nas palavras de FARIA COSTA, «um lugar primacial no jogo complexo da construção do ordenamento jurídico». J. FARIA COSTA, *Noções fundamentais de direito penal*, 4.ª ed., Coimbra: Almedina, 2012, p. 302.

elemento indissociável do bem jurídico protegido, de tal forma que a lesão implica sempre o agir contra a vontade do seu titular? Ou, pelo contrário, caberá encarar a autonomia como um interesse independente e alheio à lesão do bem jurídico, sendo que por isso o consentimento só exclui a responsabilidade do agente se a perda originada pela lesão for compensada pela relevância atribuída à vontade?

Na verdade, o ordenamento jurídico sempre reconheceu em maior ou menor medida relevância à autonomia pessoal, como circunstância suscetível de afastar a responsabilidade do agente, dentro de um determinado condicionalismo. No entanto, como referido, nem sempre foi clara e isenta de dúvidas a articulação entre a proteção da autonomia e a tutela dos bens jurídicos, em especial os de natureza individual. Pretende-se, assim, após a análise das várias teorias que incidem sobre a matéria, alcançar uma resposta que ofereça alguma elucidação sobre o problema do fundamento e estatuto dogmático do consentimento na teoria do direito penal.

Além disso, se o consentimento é suscetível de excluir a responsabilidade do agente, importa também averiguar se e quais os limites e condições de que o direito penal faz depender a validade do consentimento. Serão, pois, apresentadas sucintamente as temáticas pertinentes a este instituto, oferecendo-se, dessa forma, o quadro geral acerca desta problemática. Labor, que implicará no final, tecer também considerações acerca da contestável figura do consentimento presumido.

I. Fundamento do consentimento e enquadramento sistemático

A relevância do consentimento no âmbito do direito penal, assumiu contornos diversos ao longo da história³. No direito romano, encontramos a proposição jurídica, proveniente de Ulpiano (170-228 d. C.), *nulla iniura est, quae in volentem fiat*, de acordo com a qual não é cometido qualquer ilícito contra aquele que consente. Na verdade, o poder de disposição do indivíduo sobre os seus bens (i.e., direitos de personalidade), incluindo a própria vida, quase não sofria limitações. Posteriormente, por influência da teoria do direito natural, o crime era concebido como a lesão de direitos subjetivos e o consentimento representava uma renúncia a esses direitos. Ainda que no essencial continuasse presente a máxima *volenti non fit iniura*⁴, a eficácia do consentimento dependia do pressuposto de que o direito objeto de renúncia se encontrava abrangido pela faculdade de disposição do respetivo titular. Isto é, o consentimento era eficaz desde que o facto não atentasse contra a vontade objetiva da comunidade.

O panorama inverteu-se com o advento da Escola Histórica do Direito, onde, por força de uma conceção menos individualista do direito penal, a eficácia do consentimento era, por princípio, rejeitada. Já os heglianos, por seu turno, regressaram ao critério da disponibilidade do bem jurídico, pois consideravam que o consentimento prestado ao abrigo da faculdade de disposição, enquanto manifestação da vontade individual, não prejudicava a vontade da comunidade. Por fim, a Escola Sociológica do Direito, ao perspetivar o crime como uma negação de interesses, entendia que, se o consentimento implicava a ausência de um interesse (mesmo que fosse a vida ou a integridade física), então não haveria uma conduta antijurídica.

No direito português, o Código Penal de 1886 previa que não eximia de responsabilidade criminal, entre outras circunstâncias, o «consentimento do ofendido, salvo os casos especificados na lei». O princípio era, pois, o da irrelevância criminal do consentimento. Em sentido diametralmente oposto, o Código Penal de 1982 passou a estatuir que «o consentimento exclui a ilicitude do facto quando se referir a interesses jurídicos livremente

³ C. ROXIN, *Derecho Penal: parte general* (trad. do original alemão *Strafrecht: allgemeiner Teil*, 1997, de Diego-Manuel Luzón Pena; Miguel Díaz y García Conlledo; Javier de Vicente Remesal), Madrid, Civitas, 2001, p. 511 e também H. JESCHECK/T. WEIGEND, *Tratado de Derecho Penal: parte general*, (trad. do original alemão *Lehrbuch des Strafrechts.*, 1996, de Miguel Olmedo Cardenete), 5.ª Ed., Granada, Comares, p. 404.

⁴ Esta máxima, contudo, referia-se na sua origem a um grupo muito restrito de factos puníveis (E. MEZGER, *Derecho Penal, Libro de Estudio, Tomo, Parte General* (trad. da 6ª ed. alemã por Dr. Conrado A. Finzi), p. 163.

disponíveis e o facto não ofender os bons costumes» (art. 38.º, n.º 1 da Parte geral). Surgindo assim, para além dos casos já previstos na Parte especial, a consagração expressa do consentimento enquanto circunstância excludente da responsabilidade penal.

Importa determinar, no contexto jurídico atual, que relevância poderá ter a concordância do titular de um bem jurídico objeto de proteção face a comportamentos externos, à partida lesivos desse bem. Qual a articulação entre a função primária que assiste ao direito penal de tutelar bens jurídicos essenciais e a e a esfera da autonomia individual?

Em primeiro lugar, a autonomia da pessoa pode relevar em dois momentos distintos da tutela penal: quer no domínio substantivo, quando permite afastar a censura dirigida à conduta, quer no que toca à instauração do procedimento criminal (relativamente a crimes semipúblicos ou particulares). No entanto, é da primeira vertente que nos ocupamos, isto é, do papel que a vontade desempenha na afirmação ou negação da antijuridicidade jurídico-penal do facto.

Se encontramos tipos-de-ilícito onde a vontade do ofendido é irrelevante⁵, como é exemplo o crime de abuso sexual de crianças (art. 171.º CP), outros há, onde o dissentimento constitui uma circunstância essencial do crime. É o que se verifica paradigmaticamente (mas não só – ex.: art. 203.º CP) em todos os crimes cuja perpetração pressupõe o recurso à intimidação, coação ou violência, de que são exemplo o sequestro (art. 158.º CP), a coação sexual (art. 163.º CP), a violação (art. 164.º CP) ou a violação de domicílio (art. 190.º CP).

Nos exemplos elencados, a configuração do crime pressupõe a ausência do consentimento por parte do titular do bem jurídico, circunstância que decorre explícita ou implicitamente do texto da norma. São condutas que, se praticadas com a aprovação da pessoa atingida, carecem em absoluto de qualquer juízo de censura penal, o que se vê em termos nítidos na hipótese de alguém que entra em casa de outra pessoa a convite desta, não cometendo qualquer crime de violação do domicílio (art. 190.º CP). Na verdade, trata-se de um comportamento socialmente adequado e, por conseguinte, atípico. É precisamente a falta da vontade que fundamenta a incriminação, uma vez que a autonomia constitui o bem jurídico que

⁵ Cumpre referir que são penalmente censuráveis condutas onde a concordância da vítima é irrelevante, podendo-se mesmo dizer que a cooperação do titular do bem é um elemento do tipo. É o caso do crime de abuso sexual de crianças, previsto no art. 171.º do CP, onde embora a lei não aluda explicitamente a essa cooperação, não deixa de certa forma estar implícita, dado que o dissentimento tornaria certamente a conduta subsumível a um dos crimes contra a liberdade sexual, como a coação ou a violação. Por outro lado, vemos esta cooperação como integrando também um dos elementos do tipo no crime de usura, previsto no art. 226.º do CP. Trata-se de situações onde se protege a pessoa de si própria, pois a lei presume a inexistência de uma vontade séria, livre esclarecida.

a norma visa proteger⁶. Protege-se o indivíduo perante ataques de terceiros que limitem expressões fundamentais da sua liberdade.

O enquadramento dogmático do consentimento nas situações expostas, não levanta dúvidas, sendo que a doutrina sempre considerou que tinha lugar a exclusão da tipicidade. O mesmo não se pode afirmar relativamente a outros tipos legais, os quais, embora atentem contra bens pessoais, a falta de consentimento é muitas vezes considerada uma circunstância exterior ao tipo. Aqui, segundo a doutrina dominante, o bem jurídico tutelado não é passível de ser identificado diretamente com a liberdade, reportando-se a dimensões da pessoa, como o património ou a integridade física, que o ordenamento jurídico procura defender *per si*. Ora, a doutrina maioritária entende que nestes casos, uma vez que ocorre a efetiva lesão do bem jurídico de modo independente da vontade do titular, o consentimento configura, quando eficaz, uma causa de justificação.

De *iure condito*, esta parece (à primeira vista) ser a solução acolhida pelo Código Penal ao enquadrar o art. 38.º «Consentimento», no capítulo das «Causas que excluem a ilicitude e a culpa». Entendemos que, no entanto, não deve esta ser uma conclusão definitiva. Vejamos, antes de mais, as principais opiniões nesta matéria e a respetiva fundamentação.

1. Teoria do negócio jurídico

Inicialmente era atribuída eficácia ao consentimento em termos semelhantes ao direito civil, pelo que o mesmo era encarado como um negócio jurídico. O consentimento teria como efeito outorgar ao agente um direito revogável à infração. Uma vez que o exercício de um direito não pode ser contrário ao direito, o facto tornava-se lícito mediante esse negócio jurídico unilateral. Esta teoria foi ultrapassada, especialmente em virtude da autonomização do direito penal em face do direito civil. O consentimento, na realidade, não constitui uma obrigação, mas uma manifestação da autonomia pessoal, enquanto bem jurídico tutelado pelo direito penal.

⁶ G. MARQUES DA SILVA – *Direito Penal Português. Parte Geral II*, 2.ª ed., Lisboa, 1995, p. 140.

2. Doutrina tradicional

A teoria tradicional defendia que o consentimento penalmente relevante prefigurava sempre uma causa de justificação. A maioria dos autores afirmava que, contrariamente às restantes, esta causa de negação da ilicitude baseava-se não na preponderância de um interesse, mas na renúncia à proteção penal⁷. À luz desta perspetiva, incidindo o consentimento sobre um bem jurídico pessoal e disponível, o ordenamento jurídico conferia ao respetivo titular o poder de decisão relativamente ao afastamento (ou não) da tutela penal. Por outras palavras, o consentimento representava a «vontade de abandonar a proteção jurídico-criminal»⁸, à qual o direito penal atribuía relevância. Critica-se, todavia, esta teoria essencialmente por não apresentar o fundamento do consentimento, isto é, o motivo que subjaz à possibilidade de renúncia⁹.

Uma outra conceção, fundamentalmente desenvolvida por MEZGER¹⁰, embora também enquadrasse o consentimento entre as causas de justificação, considerava que mais do que a renúncia à proteção penal, o consentimento traduzia-se na ausência de interesse. Partindo da ideia de que o ilícito pressupõe a desconsideração ou lesão da vontade do ofendido, resulta que através do consentimento decai parcialmente o objeto de proteção. É precisamente a partir destas premissas que surge posteriormente o entendimento segundo o qual o consentimento exclui a própria tipicidade.

Conforme o exposto, a doutrina tradicional¹¹ incluía o consentimento entre o elenco das causas de justificação, aderindo a um paradigma monista. Reconhecia-se, no entanto, alguns casos onde o consentimento (ou dissentimento) se afirmava como um «elemento

⁷ Neste sentido, H. WELZEL, *Derecho Penal Aleman, Parte General*, (trad. da 11ª ed. alemã de Juan Bustos Ramírez e Sergio Yáñez Pérez), 4.ª, Santiago, 2002. Entre nós, também neste sentido, G. MARQUES DA SILVA (n. 6), pp. 140-141.

⁸ E. CORREIA, *Direito Criminal II* (com a colaboração de J. FIGUEIREDO DIAS), Coimbra, 1968, pp. 20-21.

⁹ G. JAKOBS, *Derecho Penal. Parte general*, (trad. do original alemão *Strafrecht: allgemeiner teil: die Grundlagen und die*, 1993, de Joaquin Cuello Contreras; Jose Luis Serrano Gonzalez de Murillo), Marcial Pons, Madrid, 1997, p. 524 e G. STRATENWERTH, *Derecho Penal. Parte General, el hecho punible* (trad. do original *Strafrecht: allgemeiner Teil I: die Straftat*, de Gladys Romero), Edersa, Madrid, 1982 p. 126. JAKOBS critica ainda esta tese por demonstrar uma «clara predisposição civilística», pela forma como atende à vontade de produzir efeitos jurídicos. STRATENWERTH, por seu turno, acusa a tese da renúncia à proteção penal de assentar no pressuposto de que o consentimento não produz qualquer modificação, como se o bem fosse constituído apenas pelo substrato material. Esquece, portanto, a dimensão da relação entre o bem e o sujeito ou a comunidade, relação que, no entendimento do autor, sofre uma transformação em virtude do consentimento.

¹⁰ E. MEZGER, (n. 4), pp. 163 e ss.

¹¹ Entre nós, M. CAVALEIRO DE FERREIRA, *Lições de Direito Penal*, reimp. da 4.ª ed., Lisboa, 1992, pp. 248 e ss.; e E. CORREIA, (n. 8), pp. 18 e ss. Segundo CAVALEIRO DE FERREIRA, «o ilícito penal implica um desvalor da acção que não pode ser sanado, em geral, pela vontade do ofendido» - M. CAVALEIRO DE FERREIRA, *Direito Penal Português. Parte Geral*, 2.ª ed., Lisboa, 1982.

constitutivo»¹², ou uma «circunstância essencial»¹³ do facto ilícito, situações em que o problema seria remetido para o domínio da tipicidade. Era o que se podia depreender, expressa ou implicitamente, de alguns tipos legais, como o furto, as agressões sexuais e, em geral, os crimes de coação. Apesar de esta afirmação antecipar os desenvolvimentos posteriores que vieram a dar origem ao paradigma dualista, a distinção mantinha-se apenas no plano formal, pois só ao consentimento enquanto causa de justificação era atribuído um estatuto dogmático autónomo¹⁴.

3. Paradigma dualista: consentimento e acordo

Embora, como vimos, a dogmática sempre tenha apontado para duas manifestações distintas do consentimento, uma enquanto elemento do tipo e excludente da tipicidade, e a outra enquanto verdadeira causa de justificação, esta distinção foi desenvolvida na Alemanha, por F. GEERDS, dando origem a uma conceção dualista do consentimento, sendo a que hoje reúne mais adeptos na doutrina¹⁵. Esta posição estabelece a distinção entre dois grupos de situações, que originam diferentes categorias dogmáticas: o *Acordo* e o *Consentimento*¹⁶.

No primeiro grupo, incluem-se, como já referido, os crimes cuja ação típica pressupõe o dissentimento do titular do bem jurídico, consistindo numa atuação contra (ou sem) a sua vontade. Assim, a pessoa que, a pedido do destinatário, abre uma carta que não lhe é dirigida, não pratica a ação típica correspondente ao crime de violação de correspondência (art. 194.º CP). O mesmo acontece, v.g., no crime de furto e grande parte dos crimes contra a liberdade sexual. Nestes casos, o consentimento, que se designa por *Acordo*, exclui a própria tipicidade do facto, na medida em que não se verifica a lesão de um bem jurídico protegido.

Defende FIGUEIREDO DIAS¹⁷ (na esteira de COSTA ANDRADE), que o *Acordo*, não só exclui a lesão, como faz com que a conduta corra no mesmo sentido da tutela do bem jurídico,

¹² E. CORREIA (n. 8), p. 19.

¹³ M. CAVALEIRO DE FERREIRA (n. 11), p. 249.

¹⁴ O consentimento enquanto elemento do tipo expressava, ao lado de circunstâncias como a possibilidade do não exercício da ação penal, o conteúdo presente no brocardo romano *volenti non fit injuria*, tratando-se apenas de uma manifestação, entre outras, da faculdade de disposição de determinados bens jurídicos pelo próprio titular.

¹⁵ J. FIGUEIREDO DIAS, *Direito Penal. Parte Geral*, T. I (Questões fundamentais. A doutrina geral do crime), 2.ª ed., Coimbra, 2007, pp. 472 e ss.

¹⁶ Em Portugal, destaca-se o trabalho desenvolvido por COSTA ANDRADE, cuja tese de doutoramento traz um importante contributo para o paradigma em apreço. M. COSTA ANDRADE, *Consentimento e acordo em direito penal (Contributo para a fundamentação de um paradigma dualista)*, Coimbra, 1991.

¹⁷ J. FIGUEIREDO DIAS (n. 15), p. 474.

contribuindo para uma «mais perfeita realização» deste¹⁸. Segundo o entendimento de COSTA ANDRADE¹⁹, uma vez que o bem jurídico protegido nestes crimes representa uma expressão da liberdade pessoal «que só na intersubjetividade encontra a forma autêntica de actualização», o *Acordo* traduz a realização ideal desse bem, isto é, «assegura a continuidade entre a autonomia pessoal e o bem jurídico protegido e, reflexamente, a congruência entre a autonomia e o programa sistémico-social de tutela penal». Verifica-se, assim, por força do consentimento da pessoa a quem a conduta é dirigida, uma conformidade entre o comportamento e o sentido da tutela do bem jurídico – o que o torna desvalioso é a falta de vontade do titular do bem (elemento integrante do tipo).

Diferentes são as hipóteses que estes autores reconduzem à categoria do *Consentimento*. Estão em causa crimes que, não obstante atentem contra bens jurídicos pessoais e disponíveis, a liberdade não constitui o fundamento da incriminação, afigurando-se assim o consentimento como um elemento exterior ao tipo²⁰. Parte-se do pressuposto que a autonomia é independente do interesse tutelado, e que, por conseguinte, ainda que seja reconhecida eficácia ao consentimento, o bem jurídico sofre efetivamente uma lesão. E dado que provoca uma efetiva perda ao nível do «sistema social», a conduta permanece típica, consubstanciando o consentimento tão-só uma causa de justificação. É o que se verifica, por exemplo, nos crimes de ofensa à integridade física simples (art. 143.º CP). Deste modo, se *A* consente que *B* o empurre, sofrendo ferimentos na sequência desse ato, vê a sua integridade física lesada ainda que a conduta de *B* seja justificada.

Os autores que propugnam por este entendimento consideram que o bem jurídico protegido, nestes casos, possui um valor objetivo, intrínseco, que se identifica com a integridade do concreto objeto lesado (o património, o corpo, etc.) e que, portanto, é digno de tutela independentemente da vontade da pessoa²¹. Por isso, se consinto que me destruam um quadro, o meu património é lesado ainda que eu deseje essa destruição. Em conformidade, COSTA ANDRADE²² argumenta que existem bens jurídicos disponíveis que são tutelados em si, e de *per si*, independentemente da vontade do titular, afirmando que nas situações em apreço «a autonomia não esgota o bem jurídico, não podendo identificar-se a livre disposição do bem jurídico com a sua plena realização».

¹⁸ Também FARIA COSTA, entende que o *Acordo* «mais do que não significar uma lesão do bem jurídico, concorre para a sua plena fruição» (J. FARIA COSTA (n. 2), p. 302).

¹⁹ M. COSTA ANDRADE, (n. 16), pp. 516 e 517.

²⁰ G. MARQUES DA SILVA (n. 6), p. 140.

²¹ H. JESCHECK/T. WEIGEND (n. 3), p. 403.

²² M. COSTA ANDRADE (n. 16), p. 516.

Ora, isto conduz à afirmação de que sempre que a conduta preencha os pressupostos típicos do crime que protege bens jurídicos desta natureza, ainda que a pessoa atingida aprove o comportamento, este não é suscetível de afastar a lesão do bem jurídico. Deparamo-nos, pois, à luz desta teoria, com comportamentos que geram a danosidade social correspondente à factualidade típica do concreto crime e que, portanto, são contrários ao sentido da tutela penal.

Mas porque a ordem jurídica também reconhece o poder de disposição do titular, decorrente do direito à autodeterminação como um interesse digno de tutela, surge um conflito entre, por um lado, o interesse social na preservação do bem jurídico (que sofreu efetivamente uma lesão) e, por outro, o interesse na salvaguarda da autonomia individual.²³ Tal constatação, leva a doutrina que ora se expõe a concluir que subjacente à relevância penal do consentimento justificante se encontra, tal como nas demais causas de justificação, o princípio da ponderação de interesses. Por conseguinte, é necessário um juízo de ponderação destinado a determinar, na hipótese concreta, qual dos interesses deve ceder perante o outro. Caso seja atribuída prevalência à autonomia do sujeito, o consentimento exclui a ilicitude, uma vez preenchidos os requisitos de eficácia previstos na lei penal (conjugação do art. 38.º com o art. 149.º). Nas palavras de TAIPA DE CARVALHO «o consentimento não faz desaparecer a danosidade social implicada na ação consentida, só que esta danosidade, esta perda ou destruição efectiva do bem constitui um interesse jurídico inferior ao interesse da autonomia individual ou autodeterminação do titular do bem jurídico lesado»²⁴.

Apresentada em breves palavras a fundamentação subjacente à doutrina dualista, hoje com adesão maioritária, cumpre também notar que alguns autores, apesar de defenderem a bipartição exposta, reconhecem que, perante casos concretos, nem sempre é fácil ajuizar qual o enquadramento adequado, se o *Acordo* que exclui a tipicidade ou o *Consentimento* que exclui a ilicitude. FIGUEIREDO DIAS²⁵ apresenta o exemplo das intervenções médico-cirúrgicas levadas a cabo em conformidade com as *leges artis*. Aqui a própria lei, ao considerar não haver, nessas circunstâncias, uma ofensa à integridade física (art. 150.º CP), acaba por negar a tipicidade a comportamentos que, segundo o entendimento em apreço, seriam em princípio lesivos do bem jurídico (corpo), independentemente do exercício da autonomia. Ora, já que tais intervenções

²³ J. FIGUEIREDO DIAS (n. 15), p. 472.

²⁴ A. TAIPA DE CARVALHO, *Direito Penal. Parte Geral*, 2.ª Ed., 2008, p. 447.

²⁵ J. FIGUEIREDO DIAS (n. 15), p. 476.

só constituirão crime na ausência da vontade do titular, não há dúvidas que, à luz desta teoria, o bem jurídico tutelado só poderá ser a liberdade pessoal²⁶.

Apesar de se verificar uma intervenção na substância do corpo, assume-se que é precisamente a finalidade curativa que permite negar a existência de uma situação de abuso nas práticas médicas levadas a cabo em cumprimento das *leges artis*. Importa, então, questionar o que difere materialmente uma tal intervenção de outras, por exemplo, com fins cosméticos, ou então uma extração de órgãos para transplante. Será a ausência da índole curativa suficiente para afirmar a ação típica do crime de ofensas à integridade física? Embora não neguemos que exista um sacrifício por parte do doador, e sem antecipar a discordância relativamente a esta teoria, consideramos que a disposição da integridade física nas situações de extração de órgãos para transplante, realizada dentro dos requisitos legais, não realiza o tipo legal de ofensas à integridade física, tratando-se antes de uma conduta socialmente adequada.

A propósito destas dificuldades, M. F. PALMA²⁷ explica que há dimensões de determinados bens jurídicos que não podem ser autonomizadas do exercício da liberdade. Nessas situações, o bem jurídico não goza de um valor objetivo, intrínseco, que justifique uma tutela independente da vontade (ex.: alguém cortar o cabelo a outra pessoa). A autora entende, por conseguinte, que a delimitação entre as hipóteses de *Acordo* e *Consentimento* dependerá do grau de relevância que a autonomia assuma no âmbito de proteção de um bem jurídico. No fundo, trata-se de saber se é a autonomia que fundamenta a incriminação, assumindo preponderância *ab initio*, ou então se incumbirá ao julgador ponderar em concreto qual dos valores (autonomia ou proteção do bem jurídico lesado) deve prevalecer. Problema que M. F. PALMA considera «em boa parte resolvido pelas opções legislativas, dentro do quadro constitucional».

Ora, ainda que o ponto de partida se nos afigure mais coerente com as valorações jurídico-penais, divergimos das conclusões e respetivo enquadramento dogmático. Com efeito, o conflito que possa existir entre a autonomia e a proteção do bem jurídico *per se* é (sempre) resolvido ao nível legislativo quando se estabelecem limites à livre disposição de bens jurídicos pessoais, inexistindo qualquer conflito de interesses ao nível das hipóteses concretas. Além

²⁶ Motivo pelo qual o autor questiona a solução legislativa, dando o exemplo de uma eventual amputação da mão da melhor pianista, que poderá significar uma perda ao nível do sistema social.

²⁷ M. F. PALMA, *Direito penal. Parte geral*, «A Teoria Geral da infracção como Teoria da Decisão Penal», Lisboa, AAFDL, 2013, pp. 308-309.

disso, também esta autora sugere uma separação entre a tutela do bem jurídico e a autonomia, a qual entendemos não se verificar.

Por outro lado, alguns autores defendem que a delimitação entre as duas formas de consentimento deve ser casuística. É o caso de STRATENWERTH²⁸, ao afirmar que a eficácia do consentimento pode variar consoante as circunstâncias, incluindo dentro do mesmo tipo.

Em suma, ao abrigo desta perspetiva, o fundamento que se coloca ao nível do consentimento (justificante) é exatamente o mesmo que preside às restantes causas de justificação: existência de um conflito de interesses²⁹. Como argumentam alguns autores³⁰, são razões de natureza politico-criminal que dão lugar à relevância jurídico-penal do consentimento. Pois, além da função primária de proteção de bens jurídicos, o ordenamento jurídico reconhece e protege a autonomia e a liberdade de disposição dos indivíduos. Quando alguém, no exercício da sua autonomia, consente que outra pessoa pratique uma conduta típica lesiva de bens jurídicos de que é titular, surge uma colisão de interesses. Nestas situações, isto é, quando o exercício da faculdade de dispor dos seus bens, reconhecida pelo direito, implica uma perda ao nível do bem que o mesmo ordenamento jurídico protege, o julgador, partindo dos critérios fornecidos pela lei, procede a um juízo de ponderação destinado a determinar qual dos interesses deve prevalecer em detrimento do outro. No entanto, como se verá, não é assim que encaramos o problema.

G. JAKOBS³¹ embora também adira à tese dualista, rejeita que a ponderação se estabeleça entre a liberdade de disposição e o interesse geral na conservação dos bens jurídicos. Isto porque também nas situações de autolesão se encontraria presente o interesse social na preservação de bens jurídicos, e, todavia, estas condutas são consideradas atípicas. Defende o autor que o interesse geral que serve de contraponto ao interesse da autonomia pessoal, deve referir-se, não à conservação dos bens jurídicos, mas antes à não frustração de expectativas gerais relativamente à intangibilidade dos bens alheios. Significa que no juízo de ponderação deverá ser considerada a relação social que é afetada pela lesão, cumprindo, pois, saber se o exercício da autodeterminação confere ou não ao agente um «motivo razoável para agir».

²⁸ G. STRATENWERTH (n. 9), p. 128.

²⁹ GERMANO MARQUES DA SILVA, embora estabeleça a distinção subjacente à tese dualista, afirma que o consentimento justificante radica numa «renúncia do titular do bem protegido à sua proteção» - G. MARQUES DA SILVA (n. 6).

³⁰ H. JESCHECK/T. WEIGEND (n. 3), p. 405 e J. FIGUEIREDO DIAS, (n. 15), pp. 471-472.

³¹ G. JAKOBS (n. 9), p. 524.

4. Perspetivas intermédias

Entre os autores que propõem teses alternativas às expostas, em Portugal, TAIPA DE CARVALHO³², apesar de reconhecer o paradigma dualista e afirmar a distinção entre *Acordo* e *Consentimento*, entende que este último, previsto como «causa geral de exclusão da ilicitude» no art. 38.º CP, não deve ser considerado uma causa de justificação. Isto porque, contrariamente às causas de justificação, onde está em causa a realização de um interesse superior, a ação consentida serve «apenas a arbitrária autonomia individual do titular do bem jurídico», sendo desvaliosa do ponto de vista social. Ou seja, este consentimento não significa aprovação jurídica (como se verifica nas causas de justificação), mas tão-só negação da ilicitude. O autor introduz então uma terceira categoria, o «consentimento (especial) justificador». Na medida em que diz respeito a situações em que a conduta é, apesar de lesiva do bem jurídico, socialmente valiosa, trata-se de uma verdadeira causa de justificação. É o caso, por exemplo, do transplante de um rim, que, apesar de causar uma lesão irreversível à integridade física, recebe a aprovação do direito. Nas palavras de TAIPA DE CARVALHO «está em causa um acto de sacrifício individual, mas de enorme altruísmo». Daqui resulta que o consentimento só será uma causa de justificação quando tiver por base uma «razão juridicamente boa».

Ora, parece-nos que a divisão preconizada pelo autor entre atos positivos ou negativos do ponto de vista moral e social, onde procede a uma avaliação dos comportamentos a partir de critérios ligados à aptidão do facto para a realização pessoal daquele que consente, coloca a tutela penal a desempenhar um papel dificilmente compaginável com princípios fundamentais que a conformam, tais como a proporcionalidade e o mínimo de intervenção.

O fundamento subjacente ao consentimento é a liberdade de ação e o direito ao livre desenvolvimento da personalidade. Cabe ao direito penal assegurar esta liberdade, ainda que dentro de determinados limites, não lhe sendo legítimo, numa sociedade pluralista, proceder à eleição dos motivos moralmente válidos que devem figurar no exercício dessa liberdade. Na verdade, «a ilicitude só pode ser objecto de afirmação ou negação, sendo-lhe alheia uma ideia de aprovação ou de mera tolerância pelo Direito»³³.

³² A. TAIPA DE CARVALHO, (n. 24), pp. 443-456.

³³ J. FIGUEIREDO DIAS (n. 15), p. 475, nota 12.

Uma tese que se demarca das restantes é a proposta por KINDHÄUSER³⁴. O autor considera que nas hipóteses de concordância do lesado estamos perante uma exclusão do ilícito *sui generis*. Na sua exposição, KINDHÄUSER começa por explicar que as normas penais decorrem de uma coordenação entre, de um lado, o bem da liberdade geral de ação do destinatário da norma (agente do crime) e, do outro, os bens jurídicos concretamente protegidos. Tratando-se de uma valoração abstrata, ela reflete a ordem valorativa constitucional, não tomando em consideração o concreto titular do bem jurídico protegido e as suas preferências individuais. Ora, pode acontecer que estas preferências, ao nível do caso concreto, não coincidam com a coordenação de interesses acolhida pela norma.

No entanto, defende o autor, uma vez que o bem jurídico é protegido não por força do seu valor abstrato, mas como um meio para o livre desenvolvimento da personalidade do titular do bem, a validade da norma pode sujeitar-se à condição de que a valoração abstrata não contradiga as preferências do titular do bem concretamente afetado. Assumindo que o consentimento consubstancia uma renúncia ao interesse protegido pela norma em termos abstratos, conclui-se que este ato de disposição tem o efeito de, no caso concreto, fazer cair a razão que fundamenta a validade da norma abstrata.

Assim, por força deste raciocínio, KINDHÄUSER considera o consentimento uma «causa de cancelamento da norma», e não uma causa de justificação. Se os elementos do tipo de ilícito penal são todas as circunstâncias com relevância para a coordenação abstrata entre a liberdade geral de ação do destinatário da norma e o objeto de proteção, os elementos de uma causa de justificação são as circunstâncias que trazem à colação interesses ulteriores dignos de proteção, e que colidem com a proibição. Como, por exemplo, o interesse de conservação do bem jurídico agredido nas situações de legítima defesa. Ora, no consentimento não se trata de valorar um interesse exterior (e contrário) à norma proibitiva, como acontece nas causas de justificação, mas sim os interesses cujo conflito é em abstrato resolvido pela norma penal. Aqui, não há motivo para a conduta ser considerada inadmissível *a priori*.

O autor recorre ao exemplo das situações de intervenções médico-cirúrgicas. Se o consentimento for considerado como uma razão de cancelamento da norma, então o médico

³⁴ U. KINDHÄUSER, «El consentimiento en el Derecho penal. Reflexiones desde la teoría de las normas» (trad. de Juan Pablo Mañalich R.), Boletim da faculdade de Direito, Estudos em Homenagem ao Prof. Doutor Jorge de Figueiredo Dias. Volume II (Org. M. Costa Andrade, Maria João Antunes, Susana Aires de Sousa), Coimbra, 2009, pp. 559 e ss.

move-se sempre em terreno lícito, pois a proibição correspondente só vale mediante a condição de que a intervenção corporal tenha lugar sem o consentimento do paciente.

Embora não inclua o consentimento entre o elenco das causas de justificação, KINDHÄUSER acolhe a bipartição *Consentimento/Acordo*. Em ambos os casos a exclusão do ilícito decorre do facto de o autor atuar sem contrariar a vontade da pessoa protegida pela norma. Todavia, enquanto que o *Acordo* representa a contra face de um determinado elemento do tipo, o *Consentimento* refere-se à razão de validade da norma.

5. Consentimento como causa de atipicidade do facto

Grande parte da doutrina que classifica o consentimento como causa de exclusão da ilicitude, recorre ao princípio da ponderação e prevalência de interesses para fundamentar este enquadramento. Como se expôs supra, aqui haveria também um conflito entre, por um lado o interesse da liberdade do indivíduo e, por outro, o interesse da sociedade na conservação de bens jurídicos³⁵. O consentimento do lesado seria, portanto, eficaz quando se atribuisse prevalência ao primeiro.

No entanto, alguns autores, que propendem para a assimilação dos vários tipos justificadores a um princípio comum, sustentam que o consentimento sempre foi um corpo estranho no âmbito da dogmática das causas de justificação³⁶, subjazendo a esta categoria uma fundamentação distinta. Também estes autores defendem que o consentimento assenta na faculdade de livre disposição de bens jurídicos pessoais, que é corolário do direito constitucionalmente consagrado ao livre desenvolvimento da personalidade. Contrariamente às causas de justificação, na base da validade do consentimento estaria, não uma ponderação de interesses, mas verdadeiramente uma ausência de interesse (MEZGER³⁷) ou uma renúncia a um bem jurídico (MAURACH³⁸). Ora, a liberdade de disposição prevê restrições, o que deixa patente o conflito que por vezes pode existir entre este interesse e determinados «valores coletivos de

³⁵ Ou, recorrendo à conceção de JAKOBS, *interesse na não frustração de expectativas gerais relativamente à intangibilidade dos bens alheios* – G. JAKOBS, (n. 9).

³⁶ C. ROXIN (n. 3), p. 521; R. MAURACH/ H. ZIPF, *Derecho Penal. Parte General I* (trad. Jorge Bofill Genzsch, Enrique Aimone Gibson), Buenos Aires, 1994, p. 286.

³⁷ MEZGER (n. 4).

³⁸ Segundo MAURACH, tratando-se de um bem jurídico pessoal e disponível, cabe ao sujeito extrair do campo de proteção o concreto bem atacado – R. MAURACH/ H. ZIPF (n. 36), p. 286.

grande transcendência»³⁹. Acontece que o conflito é resolvido no plano abstrato pelo legislador, e não ao nível da situação concreta⁴⁰, contrariamente ao que se passa com os tipos justificadores.

Com efeito, uma importante minoria na doutrina entende que sempre que as disposições penais protejam interesses pessoais e dentro das margens da faculdade de disposição, não se verifica uma lesão do bem jurídico penalmente relevante, pelo que o consentimento eficaz afasta sempre a tipicidade do facto, perdendo então sentido a distinção entre *Acordo* e *Consentimento*.

ROXIN⁴¹, um dos principais protagonistas desta tese na Alemanha, partindo de uma conceção liberal e personalista de bem jurídico, sustenta que, «se os bens jurídicos servem o livre desenvolvimento do indivíduo, não pode existir lesão alguma do bem jurídico quando uma ação se baseia numa disposição do portador do bem jurídico que não prejudica o seu desenvolvimento, mas que, pelo contrário, constitui sua expressão». Se há uma correspondência entre a liberdade e o bem jurídico, quem consente impossibilita a lesão simultânea do bem jurídico e, com isso, a realização do tipo. Quando o proprietário, mediante uma decisão livre, consente no prejuízo ou destruição da coisa, não existe uma lesão da posição de proprietário, mas sim uma cooperação no exercício dessa posição.

MAURACH, por seu turno, argumenta que os bens jurídicos individuais são penalmente protegidos em virtude da relação que une o bem ao titular. Por conseguinte, o ato de livre disposição retira o bem jurídico do campo de proteção da norma. Assim, «o consentimento passa a ser um problema próprio da lesão do bem jurídico e não da justificação de um tal prejuízo, uma vez que a exclusão de uma possibilidade de lesão penalmente relevante não pode ser corretamente classificada como uma causa de justificação da ação típica.»

Uma das críticas que ROXIN dirige à opinião contrária é o facto de confundir o objeto da lesão com o bem jurídico. Quando alguém livremente consente que seja destruída uma coisa sua, ainda que esta possa perder a substância, o facto praticado não atenta contra a propriedade, antes contribui para o seu exercício. O concreto objeto é destruído, mas a propriedade não sofre qualquer lesão. Na verdade, o próprio conceito de propriedade perde sentido se não estiver referido à vontade.

³⁹ R. MAURACH, (n. 36), p. 289.

⁴⁰ C. ROXIN (n. 3), p. 521.

⁴¹ C. ROXIN (n. 3), pp. 511 e ss.

De igual modo, no crime de ofensas à integridade física, o corpo não é protegido exclusivamente enquanto «conglomerado de carne e ossos», mas em ligação com a alma que o habita e domina⁴². Quando alguém procede a tratamentos ao corpo que envolvem ingerências na sua substância (por exemplo, uma cirurgia plástica), a integridade física não é prejudicada, na medida em que a liberdade de tratar o próprio corpo e de criar uma imagem de si é realizada.

Na verdade, o bem jurídico protegido no tipo é composto, não apenas pelo objeto, mas pela relação entre esse objeto e a faculdade de disposição. Por conseguinte, ainda que a lesão do bem jurídico não se esgote na falta de vontade do titular, essa ausência de vontade não deixa de ser um pressuposto da lesão. Assim, a vontade do lesado pertence ao próprio objeto protegido.

É precisamente a falta de possibilidade de lesão do bem jurídico que conduz à afirmação de que o consentimento eficaz exclui o desvalor de resultado da conduta. Além disso, como a vontade daquele que atua não é dirigida à produção de um resultado, falta também o desvalor de ação. Será assim, quer se trate de condutas que beneficiem o titular do bem ou então condutas neutras do ponto de vista jurídico e social, quer esteja em causa situações que se mostrem prejudiciais para o bem-estar do titular do bem jurídico (exemplo de alguém que entra para uma comunidade religiosa e permite que outros membros lhe destruam objetos pessoais por razões de ordem espiritual)⁴³. Pois, como argumenta ROXIN, quem consente é que pode em última instância decidir aquilo que melhor serve o seu bem-estar.

Ambas as categorias, *Acordo* e *Consentimento*, excluem a realização do tipo. O que, segundo ROXIN, não significa que todas as situações em que o titular do bem jurídico concorda com o facto seguem as mesmas regras. As eventuais divergências ao nível dos pressupostos de eficácia, contudo, decorrem não de uma suposta diferença de natureza entre o *Consentimento* e o *Acordo* (como pretendem os autores dualistas), mas da estrutura dos correspondentes tipos.

⁴² C. ROXIN (n. 3), p. 518.

⁴³ C. ROXIN (n. 3), p. 520. O autor ressalva que o consentimento em muitos destes casos acaba por ser ineficaz por força da cláusula dos bons costumes ou em virtude da presença de algum vício de vontade.

6. Conceção adotada

Realizada uma breve incursão pelas várias perspetivas atinentes à relevância jurídica do consentimento e consequente inserção sistemática, entendemos que é a tese monista que, ao considerar que a vontade do titular do bem jurídico, sempre que relevante e eficaz, afasta a tipicidade da conduta, melhor responde ao problema.

Cumprindo ao direito penal, como função principal, garantir as condições indispensáveis à convivência em sociedade. Num Estado de Direito, que assenta no pilar da dignidade da pessoa humana (art. 1.º da CRP), essa função passa pela proteção de bens jurídicos essenciais, que mais não são do que concretizações de valores constitucionais, reconduzíveis aos direitos e liberdades da pessoa e da própria comunidade⁴⁴.

Com efeito, o valor da dignidade da pessoa dá expressão a bens jurídicos fundamentais, entre os quais a liberdade⁴⁵. Os bens jurídicos pessoais, desde que não se identifiquem com outras dimensões da dignidade humana também socialmente valiosas (como, por exemplo, a vida), consubstanciam projeções do direito ao livre desenvolvimento da personalidade. Em todos esses casos, a liberdade constitui um elemento essencial do próprio bem jurídico, afigurando-se como legítima a afirmação de que se trata de um bem livremente disponível pelo seu titular. Assim, por exemplo, o património, consistindo no domínio absoluto que a pessoa detém sobre certas coisas, perde sentido sem a referência ao exercício da liberdade.

Por conseguinte, sempre que o bem jurídico seja pessoal e disponível, a ação praticada em conformidade com a vontade do titular não provoca qualquer lesão do bem jurídico, antes contribui para a sua realização. Por isso, se o proprietário aprova que um terceiro destrua um conjunto de peças de porcelana oferecidas por alguém com quem entretanto se incompatibilizou, não se verifica qualquer lesão do património, mas o seu normal exercício, enquanto expressão da relação de domínio do proprietário sobre a coisa.

⁴⁴ J. FIGUEIREDO DIAS (n. 15), p. 121.

⁴⁵ A liberdade não é o bem jurídico último do qual dependem os outros. A dignidade da pessoa humana, não está, por isso, dependente da existência de consciência e de efetiva capacidade de decisão. O que, por outro lado, também nos remete para a afirmação de que o respeito pela vida humana não deve estar condicionado pelo exercício da liberdade. Quer do próprio, não sendo, portanto, admissível o homicídio a pedido da vítima, quer de terceiro, tornando da mesma forma inadmissível o aborto (desde que se entenda, como entendemos, que está em causa a lesão do bem jurídico vida humana, traduzindo-se esse ato verdadeiramente numa modalidade de homicídio).

A este propósito cumpre esclarecer que o bem jurídico protegido pelo direito penal não se identifica com o concreto objeto da ação⁴⁶. O primeiro corresponde a um determinado interesse da pessoa ou da comunidade socialmente relevante. O segundo é a materialização desse interesse, isto é, a sua expressão concreta. Exemplificando: no furto, o objeto de ação é a coisa subtraída, mas o bem jurídico é a propriedade. Deste modo, se a lesão penalmente relevante de um bem jurídico pressupõe um prejuízo (ou modificação) do substrato material, o inverso já não é verdade. Podemos observar múltiplas situações onde, não obstante se verifique uma alteração, um prejuízo, ou uma destruição do objeto da ação, não ocorre uma lesão ou colocação em perigo de um bem jurídico.

Assim, quando alguém se submete voluntariamente a uma intervenção médico-cirúrgica, para eliminar, por exemplo, um tumor, não é sustentável a afirmação de que a pessoa se vê lesada na sua integridade física. Ela aceita a perda momentânea de bem-estar inerente à intervenção, para evitar o agravamento do seu estado de saúde. É o que, aliás, acontece em muitas outras situações do quotidiano: aceita-se o prejuízo de certos interesses a fim de impedir um prejuízo mais intenso de outros. No exemplo dado, entende-se que não se verifica uma lesão na integridade física, mas verdadeiramente a realização desse bem jurídico. Ideia, desde logo, coerente com a inclusão do crime de «intervensões e tratamentos médico-cirúrgicos arbitrários» no capítulo dos crimes contra a liberdade pessoal. Pois um tratamento médico-cirúrgico realizado sob o consentimento do paciente e em conformidade com as *leges artis*, não constitui uma ação típica do crime de ofensa à integridade física. Uma vez que não se dá qualquer lesão neste bem jurídico, o fundamento da incriminação está precisamente no desrespeito pela vontade da pessoa.

Em conformidade, entendemos que os bens jurídicos pessoais e disponíveis (ou pelo menos determinadas dimensões desses bens), enquanto projeções da liberdade, só adquirem sentido por referência à autonomia da pessoa. Nestes casos, o bem jurídico é constituído pelo conjunto objeto da ação e liberdade, formando os dois uma unidade⁴⁷. Atente-se de novo no exemplo da propriedade. Se por definição esta consiste no domínio absoluto da pessoa sobre certa coisa, o bem jurídico diz respeito, não ao objeto físico *per si*, concebido isoladamente, mas ao vínculo que o une ao seu titular.

⁴⁶ J. FIGUEIREDO DIAS (n. 15), p. 308.

⁴⁷ C. ROXIN (n. 3), p. 518.

Com efeito, a lesão de bens jurídicos disponíveis⁴⁸ pressupõe o desrespeito pela vontade do respetivo titular. Verificando-se, pelo contrário, o seu consentimento, isto é, o agir de acordo com a sua livre vontade, então não há atentado do bem jurídico, inexistindo, por isso, ab initio, preenchimento do tipo⁴⁹. Por outro lado, como afirma ROXIN, «se a vontade do que atua não se dirige à produção de um desvalor de resultado, falta também um desvalor de intenção»⁵⁰. Conclui-se, pois, que o consentimento exclui a tipicidade da conduta.

Contrariamente ao que a opinião contrária depreende desta teoria, o bem jurídico protegido em crimes como o *Dano* ou as *Ofensas à integridade física* não é a liberdade, pois que, como afirma RUDOLPHI, «objeto de disposição e faculdade de disposição são, na sua relação mútua, em si, o bem jurídico protegido no tipo»⁵¹. Assim, o desrespeito pela vontade do titular do bem jurídico é um pressuposto necessário da lesão, mas não o único. Deste modo, para que se verifique a ação típica correspondente ao crime de ofensas à integridade física, para além da falta de consentimento, exige-se que ocorra um efetivo prejuízo para o corpo.

Não consideramos atendível o argumento, aduzido por JESCHECK, de que esta perspetiva implicaria uma subjetivização do conceito de bem jurídico não conciliável com a circunstância de que também os bens jurídicos individuais são valores comunitários⁵². Ora, ainda que o bem jurídico encerre em si interesses individuais, a proteção que neles incide advém da relevância social desses interesses⁵³. Na verdade, só a necessidade de proteger «normas sociais elementares» justifica a intervenção do direito penal⁵⁴.

Partindo do princípio de que os bens jurídicos individuais incorporam a autonomia da vontade do respetivo titular, a lesão subjacente ao ilícito significa (não só, mas também) atuar

⁴⁸ Ao abrigo deste entendimento, um maior rigor na utilização das palavras implicaria o abandono da ideia de que o caráter disponível do bem jurídico é um pressuposto da eficácia do consentimento, na medida em que a própria faculdade de disposição integra o bem jurídico.

⁴⁹ KINDHÄUSER, rejeita a ideia de que não se dá a lesão do bem jurídico, propondo o seguinte exemplo: assumase que uma pessoa em perigo de morte só pode ser salva se destruir uma coisa pertencente a um terceiro. Defende que seria contrário à linguagem do direito não reconhecer a destruição da coisa como um dano pelo facto de o terceiro, visando salvar a vida da pessoa em perigo, concordar com essa destruição. Ora, na verdade, trata-se de uma situação materialmente distinta, pois a concordância do titular do objeto destruído não é equiparável ao consentimento nos termos do art. 38.º CP. A pessoa quer o facto, não porque genuinamente o deseja, segundo uma vontade livre, mas por força da situação de externa de coação. Ou seja, apesar da circunstância de necessidade a impor aquele comportamento, para salvaguarda de um interesse mais valioso, o titular do bem, sente-se lesado no seu património, isto é, que houve uma verdadeira perda. U. KINDHÄUSER (n. 34), p. 574.

⁵⁰ C. ROXIN (n. 3), p. 519.

⁵¹ *Apud.*, C. ROXIN (n. 3), p. 518.

⁵² H. JESCHECK/T. WEIGEND (n. 3), pp. 402-403.

⁵³ J. FIGUEIREDO DIAS (n. 15), p. 308.

⁵⁴ G. STRATENWERTH, (n. 9), p. 287.

de forma contrária e no desrespeito por essa vontade. Acolhe-se, portanto, o essencial da argumentação desenvolvida por ROXIN. Conforme já se explanou, não são as ingerências no corpo da pessoa que por si só consubstanciam uma lesão na integridade física. Atente-se, aliás, no facto de que a realização deste bem, em muitos casos, implica invasões no objeto físico, tal como acontece não apenas nas intervenções médicas, mas também nas de cariz meramente estético.

Do exposto resulta que, dentro destas hipóteses, sempre que alguém atue ao abrigo da vontade da pessoa atingida, por muito que provoque uma alteração no objeto do ponto de vista naturalístico, o bem jurídico não sofre qualquer lesão, não se verificando assim o preenchimento de um pressuposto essencial da ação típica – o atentado ao bem jurídico. Por esta razão concluímos que carece de fundamento a distinção proposta pela tese dualista, pois sempre que seja reconhecida eficácia ao consentimento, afigurando-se este como um elemento fundamental do ilícito, a conduta é atípica.

Tal entendimento permite também afastar a tese proposta por KINDHÄUSER. É verdade que as normas jurídico-penais estabelecem em abstrato a coordenação entre o espaço de liberdade de ação e a necessidade de proteger bens jurídicos. Acontece que é precisamente nesse momento legislativo onde, resolvendo o conflito que pode existir entre a liberdade e outros valores sociais que carecem de tutela penal, se define o carácter disponível de determinado bem jurídico. O consentimento configura, por isso, a realização de um interesse cuja salvaguarda é concebida *a priori*, abstratamente, pela norma. Neste sentido, o consentimento não significa uma renúncia ao interesse protegido pela norma, mas a realização desse interesse (não havendo, por conseguinte, qualquer lesão).

Por outro lado, não partilhamos da opinião de MAURACH⁵⁵, quando, apesar de defender que todo o consentimento afasta a tipicidade da conduta, atribui utilidade à distinção proposta pelo paradigma dualista. Explica o autor que nas situações em que a doutrina dominante denomina de *Acordo* haverá lugar ao preenchimento de determinado elemento do tipo, ao passo que no *Consentimento*, a aprovação do titular do bem afeta o complexo da conduta criminosa. Como se explicou, a vontade é um elemento incindível do bem jurídico tutelado, pelo que, nestas hipóteses, não se verifica uma renúncia ao bem jurídico, mas sim uma total ausência de lesão, faltando, consequentemente, o preenchimento de um elemento essencial do tipo.

⁵⁵ R. MAURACH/ H. ZIPF (n. 36), p. 289.

Alguns autores que propugnam pela doutrina dualista defendem que, para além da distinção ao nível sistemático, existem diferenças de regime, designadamente quanto aos pressupostos e requisitos de eficácia, entendendo que é também possível reconduzir as hipóteses que qualificam de *Acordo* a regras generalizáveis. Ora a respeito dessas mesmas diferenças, decorrentes da natureza supostamente distinta de cada uma das categorias, serão tecidas breves considerações quando se fizer alusão aos requisitos de eficácia do consentimento.

Na Alemanha, onde não existe um regime paralelo ao art. 38.º do nosso código penal, MAURACH defende que os pressupostos não se aferem a partir de uma regra geral, mas da interpretação do sentido e alcance do respetivo tipo de ilícito. No mesmo sentido, ROXIN afirma que uma vez que «se trata de problemas referentes ao tipo, os divergentes pressupostos de eficácia só podem resultar da estrutura dos correspondentes tipos»⁵⁶.

Entre nós, o regime geral do art. 38.º tem o mérito de oferecer uma maior certeza e segurança jurídica, permitindo um melhor cumprimento das exigências decorrentes do princípio da legalidade. Circunstância que não exclui a possibilidade de os concretos tipos preverem requisitos de eficácia especiais. Por outro lado, o entendimento monista que se sufraga é perfeitamente compaginável com este normativo, que a nosso ver consagra o regime geral do consentimento. Não se aplica apenas aos tipos legais que a doutrina dualista reconduz à categoria de *Consentimento*, mas abrange qualquer manifestação de consentimento penalmente relevante.

⁵⁶ C. ROXIN (n. 3), p. 526. No entanto, ROXIN, a propósito do requisito da capacidade estabelece uma distinção: «onde o consentimento excluir a realização de um determinado elemento do tipo, só a interpretação do elemento concreto pode determinar as exigências quanto à capacidade de compreensão. Pelo contrário, onde o consentimento como causa de exclusão do tipo se posiciona ao lado dos demais elementos do tipo, são admissíveis afirmações generalizáveis, pois neste caso o consentimento apresenta-se somente como expressão da liberdade geral de ação, para além das especificidades dos elementos do tipo em particular». Distinção que consideramos não proceder na medida em que, dizendo respeito ao próprio bem jurídico, o consentimento constitui sempre um elemento do tipo – *Ibid.*, (p. 536).

II. Pressupostos da relevância do consentimento

Vimos o fundamento do consentimento na dogmática penal e a consequente inserção sistemática. O direito penal, no âmbito da sua função de proteção de bens jurídicos essenciais, visa salvaguardar, entre outros valores, a liberdade e o direito ao livre desenvolvimento da personalidade. Sempre que os bens jurídicos de cariz individual consubstanciem projeções deste direito, a autonomia, na sua interação com determinadas realidades objetivas, integra o próprio bem jurídico. Deste modo, qualquer facto praticado por alguém dirigido a essa realidade (que muitas vezes, mas nem sempre, corresponde a um objeto físico), só representará uma lesão para o bem jurídico em causa quando se traduzir no desrespeito pela vontade do respetivo titular. Quando, pelo contrário, a pessoa consente no facto, agindo ao abrigo da liberdade de disposição que, juntamente com o objeto da ação, compõe o bem jurídico protegido pela norma, esse bem não sofre qualquer lesão. Não havendo lesão ou colocação em perigo do bem jurídico, não existe ação típica, pelo que o consentimento constitui uma causa de exclusão da tipicidade.

Surgem então duas importantes questões. A primeira é a de saber quando é que o consentimento é relevante nestes termos, isto é, quando é que o bem jurídico encerra em si uma mera expressão do livre desenvolvimento da personalidade que cabe ao direito proteger, encontrando-se o respetivo objeto sujeito à faculdade de livre disposição da pessoa. Se o consentimento só é relevante quando o bem jurídico se encontra na esfera de disponibilidade do seu titular, importa saber quais são os limites que o direito impõe à faculdade de disposição.

Dado como assente o carácter disponível de determinado bem jurídico (ou interesse), levanta-se então, num segundo momento, a questão de saber em que condições é possível encarar o consentimento prestado como uma manifestação efetiva da liberdade pressuposta no bem jurídico, problema que remete para os requisitos de eficácia do consentimento.

1. Disponibilidade do bem jurídico

A antijuridicidade da conduta é afastada mediante o consentimento sempre que o bem jurídico (ou o interesse) tutelado estiver na disponibilidade do seu titular. Apenas nesse caso se pode afirmar que não ocorre uma lesão do bem jurídico. A este respeito, o art. 38.º estipula que, para além «dos casos especialmente previstos na lei, o consentimento exclui a ilicitude do facto

quando se referir a interesses jurídicos livremente disponíveis e o facto não ofender os bons costumes». Ora, é nosso entendimento que quando o facto contraria os bons costumes, são excedidos os limites da disponibilidade, pelo que se trata não de um pressuposto autónomo, mas de um critério delimitador da própria faculdade de disposição. No entanto, em virtude das especificidades e dificuldades suscitadas por este critério, será abordado autonomamente.

Apesar da consagração deste preceito, a verdade é que, como afirma TAIPA DE CARVALHO⁵⁷, «não existe um critério seguro ou taxativo que nos diga quais são os bens jurídicos de que o seu titular pode livremente dispor». Mesmo o art. 149.º, que prevê expressamente a disponibilidade da integridade física para efeito de consentimento, não está isento de dificuldades no que respeita aos limites a essa disponibilidade impostos pela cláusula dos bons costumes. Ainda assim é possível delinear alguns princípios.

Em primeiro lugar, é pacífica a indisponibilidade dos bens jurídicos supra individuais, ou comunitários. O motivo prende-se, quer com o facto de haver uma pluralidade de titulares quer, com o fundamento que subjaz ao consentimento, isto é, o reconhecimento e relevância atribuída à liberdade de autodeterminação pessoal ou livre desenvolvimento da personalidade. Nestas situações, o consentimento é irrelevante, ainda que o facto se dirija a uma pessoa determinada.

ROXIN⁵⁸ afirma que podem surgir dificuldades sempre que a natureza (pessoal ou comunitária) do bem jurídico seja discutível ou quando um tipo protege tanto bens jurídicos da coletividade como do indivíduo. Contudo, defende o autor que estes problemas não afetam em primeiro plano a teoria do consentimento, mas dizem respeito ao bem jurídico de cada tipo e, por isso, à Parte especial do código penal.

Será de incluir aqui a destruição de objetos que possuam valor cultural (oficialmente classificadas como de interesse público), não obstante o seu proprietário seja um indivíduo determinado? TAIPA DE CARVALHO considera que «as obras de arte “catalogadas” como interesse público são indisponíveis relativamente ao seu proprietário»⁵⁹. Na verdade, o interesse de que o proprietário não pode dispor refere-se não à coisa destruída, mas ao interesse cultural que se vê lesado em virtude dessa destruição. Estando esse interesse fora do poder de livre disposição do proprietário da coisa, a destruição consentida é antijurídica. TAIPA DE CARVALHO

⁵⁷ A. TAIPA DE CARVALHO (n. 24), p. 451.

⁵⁸ C. ROXIN (n. 3), pp. 526-527.

⁵⁹ A. TAIPA DE CARVALHO (n. 24), p. 452.

defende que devem, da mesma forma, ser consideradas indisponíveis determinadas espécies de árvores ou as instalações de uma empresa em funcionamento na medida em que neste último caso, «a sua não destruição é de interesse directo, não apenas para o proprietário, mas também para os respectivos trabalhadores».

Por sua vez, os bens jurídicos de carácter pessoal serão em princípio suscetíveis de livre disposição por parte do seu titular, especialmente se representarem dimensões comuns da liberdade. Assim, traduzindo-se o património no pleno poder de disposição sobre as coisas segundo o próprio arbítrio, este é, fora limites relacionados com o interesse público dos bens em causa, disponível.

Contudo, a disponibilidade dos bens jurídicos individuais não é absoluta e o ordenamento jurídico prevê restrições. Estas restrições têm em consideração o grau de pessoalidade dos bens em questão e a sua relação com a dignidade da pessoa humana⁶⁰, princípio basilar do Estado de Direito e de toda a ordem constitucional (art. 1.º da CRP).

É por força deste valor que, na medida em que assume indubitável importância e um lugar de precedência⁶¹ em face dos restantes bens jurídicos, a vida humana é absolutamente indisponível perante lesões provenientes de terceiros⁶². Para além de decorrer de uma valoração constitucional, a lei penal confirma-o ao consagrar como ilícitos típicos não só o homicídio a pedido da vítima (art. 134.º), mas também o auxílio ao suicídio de outrem (art. 135.º). Trata-se, aliás, de um bem jurídico do qual dependem todos os restantes bens pessoais, daí também o seu lugar de primazia. Por outro lado, encontra-se presente a ideia de que a pessoa deve ser protegida de si mesma perante a irreversibilidade resultante da morte.

De facto, como sustenta ROXIN, são irreparáveis os danos advenientes, por exemplo, de alguém consentir na sua morte de forma precipitada e em virtude de alterações psíquicas desconhecidas. Na verdade, como argumenta o autor⁶³, só é possível demonstrar de forma indubitável que uma decisão autónoma sobre a própria vida provoca efetivamente a morte nos casos de suicídio praticados pela própria mão da vítima. Isto não significa que o crime de

⁶⁰ M. F. PALMA (n. 27) p. 309.

⁶¹ FIGUEIREDO DIAS afirma que cabe a este bem «o primeiro e indisputado lugar na hierarquia dos bens jurídicos carecidos e dignos de tutela». J. FIGUEIREDO DIAS (n. 15), p. 480.; E TAIPA DE CARVALHO, que o bem jurídico vida é «o mais importante e o “suporte” de todos os outros bens jurídicos». A. TAIPA DE CARVALHO (n. 24), p. 451.

⁶² Note-se que a vida humana é protegida perante ataques provenientes de terceiros, e não do próprio (o suicídio não constitui um ilícito-típico).

⁶³ C. ROXIN (n. 3), p. 59.

homicídio a pedido da vítima configure um crime de perigo abstrato⁶⁴. Há, neste crime, uma lesão efetiva do bem jurídico vida humana, e o que fundamenta a incriminação é a proteção da vida em si mesma, não o perigo de uma decisão irrefletida.

A integridade física é considerada livremente disponível (art. 149.º). No entanto, a lei prevê expressamente que este princípio sofra a limitação da não contrariedade aos bons costumes⁶⁵. As dificuldades que de uma forma muito particular aqui se levantam acompanham aquele que se afirma como um dos principais problemas que se suscitam na dogmática do consentimento: definir a amplitude da liberdade de disposição de bens jurídicos individuais⁶⁶.

2. Não contrariedade aos bons costumes como limite à disponibilidade do bem jurídico

Conforme vimos, o n.º 1 do art. 38.º prescreve como pressuposto de relevância do consentimento, para além da natureza disponível do bem jurídico, a não contrariedade do facto aos bons costumes. Embora esta previsão seja geral, encontra a sua principal incidência e densificação no campo das ofensas à integridade física. Para aferir se uma concreta conduta lesiva deste bem jurídico contraria os bons costumes, o art. 149.º, n.º 2 estipula que «tomam-se em conta, nomeadamente, os motivos e os fins do agente ou do ofendido, bem como os meios empregados e a amplitude previsível da ofensa.» Apesar da elucidação trazida pela norma⁶⁷, orientando a interpretação da cláusula, permanece ainda assim a necessidade de concretização.

Nesta tarefa, a doutrina tem procurado prudência, defendendo que a cláusula, não obstante historicamente haja tido uma conotação de ordem moral, dentro do atual contexto constitucional laico e pluralista, não poderá ser identificada com a contrariedade a uma moral social dominante (ou subjetiva), mormente de cariz religioso. De facto, um conteúdo assim não seria compaginável com o princípio da proporcionalidade a que se encontra vinculado o direito penal, especialmente no confronto com o carácter subsidiário das sanções penais⁶⁸. Por outro

⁶⁴ U. KINDHÄUSER (n. 34), p. 652. Trata-se de uma crítica dirigida à tese que considera o consentimento uma causa de atipicidade, assumindo que nos bens jurídicos individuais se protege apenas a liberdade de livre disposição. Por isso, o autor afirma que o crime de homicídio a pedido da vítima constituiria antes, à luz daquela perspetiva, um crime de perigo abstrato, onde se visaria prevenir a vítima de uma precipitação na direção da própria vida.

⁶⁵ TAIPA DE CARVALHO, por seu turno, afirma que a integridade física enquanto bem jurídico protegido pelo art. 144.º (ofensas graves) é indisponível (perante heterolesões), sendo que a cláusula dos bons costumes apenas é aplicável às situações de ofensa à integridade física simples do art. 143.º que, embora não se subsumam ao art. 144.º, representam lesões graves ou irreversíveis. A. TAIPA DE CARVALHO (n. 24), pp. 451-452.

⁶⁶ G. STRATENWERTH (n. 9), p. 130.

⁶⁷ Segundo FARIA COSTA, «barómetro para o consentimento em geral». J. FARIA COSTA (n. 2), p. 305.

⁶⁸ C. ROXIN (n. 3), p. 530.

lado, como argumenta ROXIN⁶⁹, numa sociedade pluralista dificilmente se obteria um consenso sobre os princípios da moral privada suscetíveis de garantir a segurança jurídica.

Não é também compatível com estes princípios, bem como com o princípio da legalidade, propostas como a apresentada por GERMANO MARQUES DA SILVA quando qualifica os bons costumes como «regras de convivência que, num dado ambiente e em certo momento, são comumente admitidas»⁷⁰, afigurando-se também este como um critério altamente impreciso. Crê-se mais pertinente, pelo menos num primeiro momento de concretização, remeter o conteúdo da cláusula para conceitos como a «relevância ético-social da conduta»⁷¹ ou o «dano social»⁷² causado pela lesão. Para que uma tal limitação da liberdade responda às exigências assinaladas, necessário é, em primeiro lugar, que remeta para o quadro axiológico jurídico-constitucional⁷³.

Retomando o normativo do art. 149.º, n.º 2, para aferir se uma conduta contraria os bons costumes, no âmbito dos crimes de ofensa à integridade física, «tomam-se em conta, nomeadamente, os motivos e os fins do agente ou do ofendido, bem como os meios empregados e a amplitude previsível da ofensa». Antes demais, é entendimento geral que o atentado aos bons costumes remete para a conduta e não para o consentimento em si. Quanto a isto não subsistem dúvidas, desde logo porque a norma do art. 38.º, n.º 1 alude especificamente ao facto.

Alguns autores, especialmente na Alemanha, consideram que a violação da cláusula dos bons costumes constitui um limite à eficácia do consentimento apenas no domínio das ofensas à integridade física. De facto, ao contrário da lei portuguesa, que prevê uma norma dedicada ao consentimento na Parte geral, a lei alemã apenas faz referência aos bons costumes a propósito do crime de «lesões corporais»⁷⁴. Na realidade, é no crime de ofensas à integridade física que esta cláusula tem maior expressão, mas não é por isso que se afasta a aplicabilidade a outros bens jurídicos.

⁶⁹ *Ibid.*

⁷⁰ G. MARQUES DA SILVA (n. 6), p. 142.

⁷¹ M. F. PALMA (n. 27), p. 310.

⁷² C. ROXIN (n. 3), p. 530.

⁷³ O autor oferece como exemplos de violação dos bons costumes aceitação de abusos por parte de um sádico, a execução de intervenções duvidosas não reconhecidas pelas *leges artis*, testes com seres humanos sem valor científico, infrações grosseiras contra regras desportivas reconhecidas, etc.

⁷⁴ Estipula o § 228 do código penal alemão que quem «efetue uma lesão pessoal com consentimento do lesado só age antijuridicamente quando o facto, apesar do consentimento, contrariar os bons costumes».

FIGUEIREDO DIAS aponta como critérios determinantes para aferir a violação da cláusula dos bons costumes, a gravidade e, em especial, a irreversibilidade da lesão⁷⁵ (v.g., caso de uma mutilação). Tais circunstâncias conduzem, ao abrigo da tese dualista, à sobreposição da lesão do bem jurídico perante a liberdade de disposição do seu titular e, consequentemente, à irrelevância do consentimento. Assim, lesões graves e irreversíveis, ainda que motivadas por razões moralmente dignas, serão ofensivas dos bons costumes, excluindo a relevância do consentimento. Pela mesma lógica, uma lesão leve e transitória não contrariará os bons costumes, por mais censuráveis que sejam os motivos do ponto de vista moral. Assim, não serão puníveis pequenas lesões associadas a práticas sadomasoquistas, por exemplo.

COSTA ANDRADE⁷⁶ sustenta, a propósito desta cláusula no âmbito das ofensas à integridade física, que «o que verdadeiramente é decisivo é a sua *dimensão* ou *gravidade* e não os *motivos* ou *fins* do agente». No entanto, defende que os motivos podem excecionalmente relevar no sentido de afastar a contrariedade aos bons costumes, como acontece nas situações de «colheita e transplante de órgãos e tecidos de origem humana», onde, embora se trate de intervenções profundas e definitivas, a lei reconhece eficácia ao consentimento.

Ora, embora não se negue a assertividade dos critérios apresentados, não é compatível com a norma do 149.º, n.º 2 a afirmação de que é apenas o caráter grave e irreversível que determina a contrariedade aos bons costumes, ainda que seja um critério importante.

Como dissemos, a cláusula dos bons costumes não constitui um pressuposto autónomo do consentimento, ao lado da disponibilidade do bem jurídico. Entendemos mais correto considerar esta cláusula como um critério aferidor do âmbito de disponibilidade dos bens jurídicos, permitindo delinear um núcleo indisponível desses mesmos bens⁷⁷. Quando o conteúdo da cláusula dos bons costumes é identificado com o caráter grave e irreversível das lesões no âmbito da ofensa à integridade física, tem-se em vista a necessidade de proteção perante condutas que colocam em causa funções básicas da pessoa, comprometendo a própria liberdade de autodeterminação. Teleologia, que a nosso ver não é muito distante daquela que subjaz à indisponibilidade da vida, ainda que causar a morte a alguém seja incomensuravelmente mais gravoso. O que consideramos é haver não uma diferença

⁷⁵ J. FIGUEIREDO DIAS (n. 15), pp. 481-482.

⁷⁶ M. COSTA ANDRADE, *Comentário Conimbricense do Código Penal* (Dirigido por J. FIGUEIREDO DIAS), T. I., 2.ª ed., Coimbra, 2012, p. 440.

⁷⁷ M. F. PALMA (n. 27), p. 311.

qualitativa, mas quantitativa, em cuja escala tirar a vida a alguém é o ato mais gravoso, sendo a indisponibilidade aí, portanto, inequívoca.

Assim, a cláusula dos bons costumes serve como limite à disponibilidade dos bens jurídicos⁷⁸, em situações onde a lei não consagrou expressamente essa indisponibilidade. Ora, este conteúdo da cláusula, aparentemente vago e indeterminado, pode desde logo suscitar problemas de constitucionalidade, em virtude de uma eventual violação do princípio da legalidade.

Embora o conteúdo da cláusula seja indeterminado, ele é determinável. Todavia, não por referência simplesmente a uma qualquer noção de «sentimento ético», mas, dentro de um contexto pluralista e liberal, necessariamente a «valores coletivos de grande transcendência»⁷⁹, os quais são encontrados no quadro axiológico constitucionalmente consagrado. Com efeito, esta relação entre a cláusula da ofensa aos bons costumes e os valores constitucionais⁸⁰, nas palavras de M. F. PALMA⁸¹, podem torná-la «uma cláusula com funcionalidade jurídica e adaptada à linguagem e aos fins do direito».

Observa-se, pois, o recuo do direito à autodeterminação perante outras dimensões da dignidade humana, especialmente quando essas dimensões encerram condições que precedem materialmente o próprio exercício da autonomia. Pelo que é ofensivo dos bons costumes retirar a vida a alguém, praticar lesões graves e irreversíveis à integridade física⁸², ou mesmo submeter determinada pessoa à escravidão. É por isso que TAIPA DE CARVALHO afirma que «é manifestamente indisponível o bem jurídico dignidade ou personalidade humana, enquanto “direito geral da personalidade”, no qual radicam e de que emanam todos os direitos de personalidade, como a liberdade nas suas múltiplas dimensões, a honorabilidade, etc. Assim, seria totalmente ineficaz o consentimento de uma pessoa em ser tratada como escrava»⁸³.

⁷⁸ MAURACH defende, a propósito do crime de ofensa à integridade física, que a comunidade jurídica impõe limites à disposição do titular do bem através da cláusula dos bons costumes – R. MAURACH/ H. ZIPF (n. 36), pp. 300 e ss.

⁷⁹ *Ibid.*, p. 289.

⁸⁰ O que leva MAURACH a afirmar que a teoria do consentimento na sua dimensão político-jurídica diz respeito ao direito constitucional, e especialmente a questões relacionadas com a conceção do homem subjacentes ao ordenamento constitucional.

⁸¹ M. F. PALMA menciona o princípio da necessidade da pena, que deverá ser tido em conta na aplicação da cláusula. M. F. PALMA (n. 27), p. 311.

⁸² STRATENWERTH, a propósito da necessidade de proteger o indivíduo contra o uso da sua liberdade sempre que isso implique lesões profundas e irreparáveis, afirma que «trata-se da responsabilidade social frente aos demais, que coloca limites à invocação da vontade» - G. Stratenwerth, (n. 9), p. 287.

⁸³ A. TAIPA DE CARVALHO (n. 24), p. 451.

Em certos casos estas limitações constituem elas próprias o fundamento de uma incriminação (v.g.: homicídio a pedido da vítima - art. 134.º CP). Noutros, a lei prevê expressamente a ineficácia do consentimento, como é o caso do crime de *Tráfico de pessoas*⁸⁴, ao impor que o consentimento da vítima «não exclui em caso algum a ilicitude do facto» (art. 160.º, n.º 8).

É também o que se passa no crime de abuso sexual de crianças (art. 171.º), onde se protege não a liberdade sexual, mas a liberdade de autodeterminação sexual. A lei criminaliza uma conduta onde a manifestação de vontade é encarada como irrelevante no preenchimento do tipo, pois o que se protege é «o livre desenvolvimento da personalidade do menor na esfera sexual»⁸⁵. Ora, a lei presume que as crianças com idade inferior a 14 anos ainda não completaram a formação da personalidade, e não estão ainda em condições de decidir de forma livre, consciente e esclarecida num domínio tão pessoal, mas ao mesmo tempo tão relevante e suscetível de prejudicá-la no seu desenvolvimento e maturação. É a própria formação da vontade e, portanto, a liberdade, que a lei visa em última instância salvaguardar. Seria então redundante considerar que existe liberdade de disposição onde se presume a ausência de liberdade.

Concluindo, a cláusula da ofensa aos bons costumes, definitivamente subtraída ao campo da moral, de onde é originária, tem hoje um campo de incidência bastante reduzido e praticamente limitado (na experiência pragmática) ao crime de ofensas à integridade física. Não obstante, a lei portuguesa consagra esta cláusula restritiva como critério geral, em princípio válida para qualquer crime que implique a lesão de bens jurídicos pessoais. Em conformidade com aquilo que se afirmou *supra*, qualquer tentativa de concretização do conteúdo da cláusula terá necessariamente de ter como pano de fundo o quadro axiológico constitucional, e em especial o valor da dignidade da pessoa humana. Além disso, «a cláusula deve operar em termos de *imanência ao sistema penal* e obedecer à sua racionalidade»⁸⁶. A verdade é que a compatibilização da imposição legal em apreço com as exigências de determinabilidade e segurança implicam necessariamente uma interpretação restritiva da cláusula. Neste sentido, o critério da gravidade e irreversibilidade da lesão sufragado pela opinião dominante, embora não

⁸⁴ M. CAVALEIRO DE FERREIRA (n. 11), p. 252.

⁸⁵ I. DE SOUSA ABRUNHOSA, *O Crime de Abuso Sexual de Crianças, Uma Análise Jurisprudencial*, Porto, 2015, p. 12.

⁸⁶ M. COSTA ANDRADE (n. 76), p. 439. ROXIN a este propósito, alude ao critério do “dano social” provocado pela conduta – C. ROXIN (n. 3), pp. 529 e ss.

deva ser erigido a critério absoluto, mostra-se como aquele que melhor responde às referidas exigências. Com a evidente ressalva de, tomando em conta «os motivos e os fins do agente ou do ofendido», poder ser afastada a contrariedade aos bons costumes, mesmo se a lesão for grave e irreversível (v.g. *esterilização*, ou *colheitas para transplantes*⁸⁷). O que apenas se aceita quando exista um motivo objetivamente razoável.

3. Tutela da autonomia

A defesa da pessoa e da sua inerente dignidade não se reflete apenas nos limites à disponibilidade do bem jurídico, mas também ao nível da própria autonomia, designadamente quando, de forma a salvaguardar um exercício efetivo da liberdade, se exige que a vontade expressa no ato de consentir seja séria, livre e esclarecida e que a pessoa, não só tenha idade superior a 16 anos, mas que também possua o discernimento necessário para avaliar o sentido e alcance do consentimento. Para além da consagração destes requisitos no regime geral do consentimento (art. 38.º CP), a lei tutela a autonomia da vontade através de requisitos específicos previstos nos respetivos tipos, ou ainda, como vimos, através da incriminação de condutas em relação às quais se presume a ausência dessa autonomia, embora sejam perpetradas sob o consentimento da pessoa.

a) Manifestação de uma vontade séria, livre e esclarecida

Ao abrigo do art. 38.º, n.º 2 CP, é necessário que o ato de consentimento seja expressão de uma vontade séria, livre e esclarecida. Se o consentimento representa uma manifestação da autonomia que a ordem jurídica pretende tutelar, a vontade que lhe subjaz deverá ser o mais livre e esclarecida possível, isto é, autêntica.

Só é possível decidir de forma livre em relação a um ato suscetível de provocar uma lesão penalmente relevante se a pessoa estiver corretamente informada acerca dos contornos e

⁸⁷ Nestes casos, a admissibilidade das intervenções em causa decorre da própria lei, que só as legitima, mediante a verificação de certos requisitos. A respeito da *colheita e transplante de órgãos e tecidos de origem humana* (Lei n.º 12/93, de 22 de Abril), a lei, no art. 6.º, faz depender a respetiva admissibilidade da condição, entre outras, de «ser feita no interesse terapêutico do receptor e desde que não esteja disponível qualquer órgão ou tecido adequado colhido de dador post mortem e não exista outro método terapêutico alternativo de eficácia comparável.» (n.º 2), impondo também a sua proibição «quando, com elevado grau de probabilidade, envolvam a diminuição grave e permanente da integridade física ou da saúde do dador» (n.º 7). No que concerne à *esterilização* (Lei n.º 3/84 de 24 de Março), apenas se admite a prática da esterilização não terapêutica a maiores de 25 anos (art. 10.º).

amplitude dessa lesão. O tipo de esclarecimento exigido varia, evidentemente, consoante o bem jurídico e a natureza da “lesão”, ou melhor dizendo, da modificação que este irá sofrer. Assim, «o consentimento nas lesões corporais pressupõe normalmente um *dever de esclarecimento* ainda mais exigente do que o consagrado (art. 57.º CP) para as *intervenções médico-cirúrgicas*»⁸⁸.

KUHLEN⁸⁹ aponta para a existência de situações onde, pese embora o consentimento seja ineficaz em virtude da falta de esclarecimento, a ilicitude do facto é passível de ser afastada mediante a prova (segundo um juízo *ex post*) de que o consentimento teria sido dado caso o esclarecimento a que o agente estava obrigado a dar tivesse sido cumprido. É o que se denomina por “consentimento hipotético”. Pense-se na hipótese de A reiteradamente ver a mulher, B, manifestar o desejo de se desfazer do vestido de noiva do anterior casamento. Um dia, A efetivamente deita fora o vestido. À luz desta teoria, o crime de dano previsto no art. 213.º não seria imputado a A, perante a conclusão de que B teria consentido no facto caso tivesse sido informada da intenção do marido. Trata-se de uma solução que procura respeitar a vontade (embora declarada *a posteriori*) do portador do bem jurídico.

Não nos parece razoável afirmar que a hipótese exposta possa ser, sem mais, assimilável ao instituto jurídico do consentimento (nos precisos termos em que entendemos). Com efeito, a expressão de meros desejos, aspirações ou apetências carece decisivamente das notas de seriedade e atualidade cuja presença se afigura imprescindível para que o consentimento se apresente como verdadeira expressão da autonomia (tal como se aludirá *infra*). Faltando a manifestação de uma vontade séria e atual, não é possível afirmar que a intervenção não autorizada na esfera jurídica alheia mediatiza a disposição dos interesses próprios, tal como se verifica no consentimento⁹⁰.

O consentimento manifestado pode não refletir uma vontade livre, séria e esclarecida, se a vontade estiver inquinada por algum vício. Afigura-se, em geral, indiscutível que o consentimento prestado sob coação ou ameaça é ineficaz. No entanto, tal apenas deverá acontecer quando a coação exercida for suscetível de anular decisivamente o carácter livre da

⁸⁸ M. COSTA ANDRADE (n. 76), p. 431.

⁸⁹ *Apud.*, J. FIGUEIREDO DIAS (n. 15), pp. 488-489.

⁹⁰ O eventual afastamento da dignidade penal de um tal comportamento seria concebível por alusão a outros princípios, designadamente o *comportamento lícito alternativo*. *Ibid.*, p. 489.

disposição do bem jurídico⁹¹, de tal forma que não seja possível afirmar que o facto constitui uma expressão da liberdade da pessoa⁹². Para fundamentar a ausência de liberdade, a doutrina dominante entende aplicáveis os pressupostos dos crimes previstos nos arts 153.º (*Ameaça*) e 154.º (*Coação*) do CP. Por isso, «só determinarão a invalidade do consentimento as ameaças ou violências susceptíveis de ser punidas como atentados autónomos contra a liberdade»⁹³.

Já o mesmo não se pode afirmar a respeito do erro, porquanto surgem dificuldades na determinação das características que este vício deve assumir para que se negue eficácia ao consentimento. Segundo a doutrina tradicional⁹⁴, o erro, independentemente de onde provenha, torna o consentimento ineficaz. EDUARDO CORREIA, seguindo este entendimento, afirma que «só uma vontade livre, séria e tomada com perfeito conhecimento da situação será relevante»⁹⁵.

ARZT⁹⁶, na sua obra intitulada “*Os vícios da vontade no consentimento*”, introduziu o conceito de *erro-referido-ao-bem-jurídico*, limitando as hipóteses de erro relevante. De acordo com a tese sustentada por ARZT⁹⁷, sempre que o agente induza dolosamente a vítima em erro sobre o modo, medida ou gravidade/perigosidade da lesão, o consentimento, prestado com base nesse erro, é inválido. Apresenta-se o exemplo de alguém que ministra comprimidos a outrem, ocultando os respetivos efeitos nocivos⁹⁸. A pessoa consente no facto porque ignora o prejuízo que dele advém para a sua saúde. Será, por outro lado, irrelevante o erro, por não referido ao bem jurídico, no exemplo de alguém que aceita doar sangue a uma instituição em troca de uma prestação pecuniária, que não vem a concretizar-se porque foi ocultada a falta de capacidade para o pagamento. Entende-se que neste último caso a renúncia ao objeto da ação não deixa de constituir uma expressão da liberdade de ação do titular do bem jurídico. Pois, o bem jurídico verdadeiramente lesado não foi a integridade física, mas sim as expectativas patrimoniais, cuja proteção o ordenamento jurídico assegura, designadamente através da *Burla* (art. 217.º CP).

⁹¹ Não será assim quando, por exemplo, «A só consegue que B se disponha a doar sangue com a ameaça de ruptura do noivado» - M. COSTA ANDRADE (n. 76), p. 431.

⁹² C. ROXIN (n. 3), p. 551.

⁹³ M. COSTA ANDRADE (n. 76), p. 431. O que não se verifica no caso de A que obtém o consentimento de B para destruir algo pertencente a este último, sob a ameaça de romper o noivado (C. ROXIN (n. 3), p. 551).

⁹⁴ A. TAIPA DE CARVALHO (n. 24), p. 455; G. STRATENWERTH (n. 9), p. 132.

⁹⁵ E. CORREIA (n. 8), p. 25.

⁹⁶ *Apud.*, J. FIGUEIREDO DIAS (n. 15), pp. 485-486. Também neste sentido, J. FARIA COSTA (n. 2), p. 306.

⁹⁷ *Apud.*, M. COSTA ANDRADE (n. 76), p. 432.

⁹⁸ Ou, então, o exemplo trazido por ROXIN: uma mulher consente em que lhe sejam extraídos os dentes pois o agente convenceu-a de que dessa forma seria curada da dor de cabeça que sofria há muitos anos. Com efeito, carece de relevância jurídica a ameaça de omitir uma ação a que não se está obrigado. C. ROXIN (n. 3), p. 546.

COSTA ANDRADE⁹⁹, que apoia um tratamento diferenciado do erro dolosamente provocado (engano) face ao erro espontâneo, acompanha ARZT a respeito da ineficácia do consentimento assente no *erro-referido-ao-bem-jurídico*, nas hipóteses de engano. Todavia, COSTA ANDRADE concorda com ROXIN¹⁰⁰, admitindo relevância de certos casos de *erro-não-referido-ao-bem-jurídico* onde o consentimento, pelo facto de não traduzir uma vontade livre, carece de eficácia. É o que se verifica quer nos casos em que o erro fraudulentamente provocado se refere a uma finalidade altruísta (exemplo de A que aceita submeter-se a uma intervenção cirúrgica, pois B, médico, convenceu-o de que se tratava de uma experiência imprescindível para o avanço da ciência médica, quando, na verdade, apenas pretendia prejudicar a sua integridade física), quer quando aquele que consente é colocado numa situação análoga à do estado de necessidade: «B, querendo colocar C numa situação de dificuldade, convence-o de que é portador de piolhos, para que C consinta que lhe rapem o cabelo». A vítima apenas consente porque considera «erroneamente a disposição do bem jurídico como necessária para evitar danos»¹⁰¹. Dir-se-ia que esta última situação se aproxima, do ponto de vista material, das hipóteses de coação, na medida em que «o engano tem uma eficácia coativa igual à que é provocada por uma ameaça»¹⁰².

O cenário é mais controverso no que respeita ao erro *strictu sensu*, isto é, o erro com origem na pessoa que consente. Uma das posições doutrinárias, considerando irrelevante a origem do erro, estende ao erro espontâneo a tese aludida a propósito da modalidade de engano. Assim, o consentimento prestado com base em *erro-referido-ao-bem-jurídico* será sempre ineficaz, independentemente de o erro ter sido ou não provocado pelo agente¹⁰³.

A segunda orientação, sufragada, entre outros, por ROXIN¹⁰⁴, considera excecional a relevância do erro espontâneo, por isso sujeita esta modalidade a pressupostos mais restritos. O motivo prende-se com a necessidade de imprimir objetividade ao consentimento prestado, protegendo a posição do agente, cuja punibilidade não pode ficar condicionada por aquilo que ocorre na pura subjetividade do titular do bem jurídico. Pois, segundo ROXIN, «o Direito só pode considerar como vontade do titular do bem jurídico aquilo que ele objetivamente

⁹⁹ M. COSTA ANDRADE (n. 76), pp. 432 e ss.

¹⁰⁰ C. ROXIN (n. 3), pp. 549 e ss.

¹⁰¹ C. ROXIN (n. 3), p. 548.

¹⁰² *Ibid.*

¹⁰³ M. COSTA ANDRADE (n. 76), p. 435.

¹⁰⁴ C. ROXIN (n. 3), pp. 549 e ss.

manifestou, não os seus pensamentos, que permanecem no foro interno»¹⁰⁵. O autor oferece o seguinte exemplo: A pretende escrever ao vizinho “não autorizo que o senhor corte a minha árvore”, mas, por lapso, omite a palavra “não”. Neste caso, não obstante o erro se refira ao bem jurídico, não é sustentável afirmar que o vizinho pratica o ilícito-típico de *Dano*. Contudo, ao princípio de que o erro espontâneo deixa intacta a eficácia do consentimento, são indicadas, pela tese em apreço, duas exceções: para além de referido ao bem jurídico, o erro será relevante quando (a) o agente tem consciência do erro e aproveita-se dele, ou, (b) estando vinculado a um dever de esclarecimento, todavia o não cumprir (é o caso comum do dever de informação no âmbito da atividade médica).

Uma das consequências pragmáticas que a doutrina dualista retira da distinção entre *Acordo* e *Consentimento* prende-se com atribuir ao *Acordo* uma natureza exclusivamente fáctica, considerando, portanto, irrelevantes os vícios de vontade eventualmente existentes. A verdade é que, independentemente da relevância do consentimento como causa de exclusão da tipicidade resultar explícita ou implicitamente do texto da lei, em causa está sempre a tutela da autonomia pessoal enquanto elemento integrante do bem jurídico protegido pela norma, pelo que a exigência de que o consentimento seja expressão de uma vontade séria, livre e esclarecida impõe-se a qualquer uma das suas manifestações. Acontece que não raras vezes a lei prescreve pressupostos mais ou menos apertados que os previstos no art. 38.º, consoante a natureza do concreto tipo.

Assim, subscrevendo a exposição de ROXIN¹⁰⁶ a este respeito, se, por exemplo, o crime de *Violação* (art. 164.º CP) prevê que seja empregada «violência» ou «ameaça grave», como circunstâncias que excluem a liberdade da vítima, então depreende-se que o consentimento obtido mediante engano exclui a tipicidade. Note-se que o eventual erro sobre a identidade do agente, no qual este dolosamente induza a vítima, é tutelado pelo crime de *Fraude sexual*¹⁰⁷ previsto no art. 167.º CP. Da mesma forma, no crime de *Furto* (art. 203.º CP), se o respetivo tipo prevê que se verifique a subtração da coisa, a disposição do bem jurídico através de engano não exclui a tipicidade. Uma vez mais, a liberdade de disposição relativa ao bem jurídico *propriedade* não fica, numa hipótese dessas, desprotegida, por força da subsunção de um tal comportamento ao crime de *Burla* (art. 217.º CP).

¹⁰⁵ *Ibid*, p. 550.

¹⁰⁶ C. ROXIN (n. 3), pp. 548-549. Naturalmente, com as devidas adaptações ao ordenamento jurídico-penal português.

¹⁰⁷ Situação que, atendendo à natureza do bem jurídico em questão (liberdade sexual), não pode deixar de ser encarada como uma hipótese de *erro-referido-ao-bem-jurídico*.

Por outro lado, a coação ou a ameaça também afastam a eficácia do consentimento nas hipóteses que a doutrina dualista denomina de *Acordo*. Pois, de facto, aquele que, mediante coação se introduz no domicílio alheio preenche o ilícito típico de *Violação de domicílio* (art. 190.º CP). Sendo o mesmo concebível relativamente a muitos outros tipos legais (arts. 181.º, 195.º, 199.º, etc.). Na situação específica de alguém consentir em dispor de uma coisa sua, sob coação ou ameaça, embora igualmente não se verifique a factualidade típica do crime de *Furto*, tal hipótese é reconduzível ao ilícito típico de *Extorsão* (art. 223.º CP). No entanto, se a eficácia coativa atingir o limiar previsto nos crimes de *Ameaça* (art. 153.º CP) *Coação* (art. 154.º CP), já estaremos, em princípio, perante o crime de *Roubo* (art. 210.º CP).

b) Forma e momento

O consentimento, para que constitua uma verdadeira expressão da liberdade da pessoa tem, como se viu, de traduzir uma vontade séria, livre e esclarecida. A lei (art. 38.º, n.º 2, 1ª parte, CP) não exige nenhuma forma especial, apenas impondo que o meio seja idóneo para traduzir uma vontade que cumpra nas condições referidas. Pois o consentimento, para que «traduza um acto autêntico de autodeterminação não se torna necessário (nem conveniente) que a sua eficácia seja posta na dependência da observância de quaisquer formalismos: basta que ele exista e seja manifestado»¹⁰⁸. Assim, o consentimento não precisa de ser declarado, podendo ser expressado através de atos concludentes (por exemplo, se alguém aceita participar numa luta amigável, consente tacitamente nas ofensas simples que dela resultem)¹⁰⁹.

Esta solução acolhida pela lei, de acordo com a qual o consentimento pode ser exteriorizado através de qualquer meio, é uma concretização da *teoria intermédia*, designação que expressa a circunstância de se situar entre a *teoria da declaração da vontade* e a *teoria da direção da vontade*, ainda que, no entanto, se aproxime mais da última. A *teoria da declaração da vontade* decorre da concepção, já ultrapassada, do consentimento enquanto negócio jurídico privado, motivo pelo qual deve ser rejeitada. Não cabe ao direito penal tutelar a livre composição de interesses entre partes que celebram um negócio, mas punir condutas que atentem contra bens jurídicos essenciais, pelo que a relevância do consentimento no âmbito do direito penal assenta em valorações radicalmente distintas. Com efeito, não se trata do cumprimento de uma obrigação, mas do exercício da liberdade enquanto bem jurídico

¹⁰⁸ J. FIGUEIREDO DIAS (n. 15), p. 487.

¹⁰⁹ C. ROXIN (n. 3), p. 533.

fundamental¹¹⁰. Daí que se procure atribuir relevância a manifestações de consentimento que consubstanciem uma representação fiel daquela que é a vontade real do titular do bem jurídico (vontade séria, livre e esclarecida).

Ora isto deu origem ao entendimento, em sentido claramente divergente, segundo o qual «não é a declaração que importa, mas a *direcção da vontade* de quem consente»¹¹¹. Importaria, pois, atender exclusivamente à aprovação interna do portador do bem jurídico. Em rejeição desta posição, é com razão que ROXIN afirma «um pensamento não manifestado não é expressão da vontade e, por falta de verificabilidade, não é adequado para vincular consequências jurídicas ao mesmo»¹¹². Por isso, é necessário que a vontade seja veiculada através de um meio suficientemente objetivo, suscetível de assegurar o mínimo de segurança jurídica. O que não implica descartar a autenticidade da vontade, pois uma decisão livre requer um acordo interior.

Em conformidade com a perspetiva adotada, as considerações anteriores são aplicáveis, de igual forma, a qualquer uma das modalidades de consentimento concebidas pela doutrina dualista. Contra as vozes que defendem que nas hipóteses de *Acordo* bastaria uma “aprovação interna”, cabe expor os exemplos trazidos por ROXIN¹¹³. Assim, se o proprietário pensa para si próprio que lhe seria mais vantajoso que lhe fosse furtado o carro já antigo que tem guardado na garagem, pois o seguro financiaria um novo, o agente não deve deixar de ser punido pelo crime consumado. Também no crime de *Violação* (art. 164.º CP), a tipicidade só pode ser excluída se resultar da reação da vítima «uma eventual “anuência interna”».

Finalmente, o consentimento deve ser atual¹¹⁴, isto é, prestado no momento imediatamente anterior prática do facto, incidindo também sobre uma situação concreta e individualizada. Além disso, e uma vez que o consentimento não consubstancia uma proposta negocial, «pode ser livremente revogado até à execução do facto», salvaguardando-se, assim, a autonomia do titular.

¹¹⁰ *Ibid.*

¹¹¹ Entre nós, propugnado por E. CORREIA (n. 8), p. 25.

¹¹² C. ROXIN (n. 3), p. 533.

¹¹³ *Ibid.*, p. 535.

¹¹⁴ Requisito que, não obstante a equiparação prescrita no art. 39.º, n.º 1 CP, não é extensível ao consentimento presumido. Aliás, aqui reside uma das razões pelas quais se nega a qualificação de consentimento ao consentimento presumido.

c) Objeto do consentimento

Importa, por fim, delimitar o objeto do consentimento. Antes demais, enquanto ato de disposição de um bem jurídico próprio, o consentimento abrange aquilo que na ausência de consentimento traduzir-se-ia na lesão do bem jurídico. Por isso, o consentimento incide necessariamente sobre um resultado lesivo, ainda que a verificação desse resultado não seja necessária para o preenchimento do tipo (crimes de perigo). Como vimos, nas situações em que o direito atribui relevância ao consentimento, a vontade constitui um elemento do próprio bem jurídico. Havendo identidade, ou correspondência, entre essa vontade e a alteração que certa conduta produz sobre o bem, o facto é penalmente atípico. Desta forma, o consentimento só será relevante se o acordo da pessoa disser respeito à modificação que a conduta é suscetível de provocar no bem jurídico.

Razão pela qual, em sede de crimes de resultado, onde a ação sobre o objeto produz um evento que é espaço-temporalmente cindido da conduta, o consentimento terá necessariamente de incluir a consumação do facto. Na verdade, é tese dominante que nestes crimes o consentimento inclui não apenas a ação, mas também o resultado típico¹¹⁵. Se a ação que a conduta exerce sobre o objeto representa, mediante o consentimento do titular, uma forma de realização do bem jurídico tutelado, o resultado configura uma concretização da vontade implícita no consentimento. O resultado é, por conseguinte, incindível da autonomia expressa no acordo do (formalmente) lesado.

Por isso, consentir no resultado significa mais do que simplesmente ter consciência dos riscos advenientes de determinada ação. Implica a aceitação desse resultado, enquanto verdadeira expressão da autonomia. Este raciocínio é extensível ao âmbito dos crimes negligentes. Motivo pelo qual não se acolhe o entendimento sufragado por uma corrente minoritária, segundo o qual, nos crimes negligentes, é suficiente que o titular consinta no comportamento perigoso, podendo muito bem não aceitar ou não querer o resultado.

Na verdade, pretende-se através desta construção alargar o instituto do consentimento a diversas áreas onde se perpetram sob a forma negligente comportamentos suscetíveis de provocar ofensas corporais ou mesmo a morte. Tem-se em vista um leque de situações diversas, como as práticas desportivas perigosas, a participação voluntária numa viagem em que o condutor se encontra embriagado, ou o contacto sexual consciente com alguém infetado pelo

¹¹⁵ Neste sentido, J. FIGUEIREDO DIAS (n. 15), p. 478 e também H. JESCHECK/T. WEIGEND (n. 3), p. 410.

HIV. Assim, restringindo a incidência (e consequente relevância) do consentimento tão-só à conduta perigosa, garante-se a impunidade do agente, pois as mais das vezes o titular do bem jurídico tem a expectativa, ou pelo menos deseja, que não se chegue a consumir qualquer resultado lesivo. Tal como corretamente observa COSTA ANDRADE, «nada haverá a ganhar com a manipulação dos pressupostos de uma figura ou instituto, com o único propósito de assegurar a sua extensão»¹¹⁶, quando a verdade é que «o direito penal dispõe de institutos capazes de assegurar aquela solução sem ter de passar por *ficções de consentimento*».

Ainda que o consentimento constitua, neste conjunto de casos, pressuposto necessário para o afastamento da tipicidade da conduta, as soluções encontradas para os problemas a que se aludiu decorrem da aplicação de institutos autónomos com princípios e pressupostos próprios, tais como a *adequação social*¹¹⁷, a *autocolocação em perigo* ou a *heterocolocação em risco consentida*¹¹⁸. Embora a circunstância da vontade ou atitude do portador do bem jurídico influenciar a responsabilidade do agente possa constituir o denominador comum entre tais categorias e o instituto do consentimento, este demarca-se claramente das restantes, designadamente por referência à especificidade das valorações que lhe subjazem. Com efeito,

¹¹⁶ e M. COSTA ANDRADE (n. 76), pp. 428 e 429. Também neste sentido, J. FIGUEIREDO DIAS (n. 15), pp. 478, 889 e 889.

¹¹⁷ As práticas desportivas perigosas a que se aludiu, divergindo da doutrina maioritária que reconduz esta constelação ao *risco permitido* enquanto critério excludente da imputação objetiva, são, seguindo a exposição de ALMEIDA COSTA, hipóteses onde ocorre um «dano permitido». Contrariamente ao consentimento, nestes domínios a tipicidade não é afastada pelo acordo do atleta (cujo significado seria a ausência de lesão), mas pela falta de dignidade penal das lesões que ocorrem neste âmbito, atendendo à «importância social do desporto» e à «necessidade de não introduzir condicionantes que afectem de modo sensível (ou inviabilizem) o seu exercício». Assim, a exclusão da tipicidade neste domínio deve antes remeter para os princípios da *adequação social*, pois as lesões que aqui se verificam carecem de relevância penal. Importa referir que o mais natural é que os atletas embora possam prever a ocorrência do resultado lesivo como um «risco iminente à conduta desportiva», não o queiram nos mesmos termos em que o titular do bem jurídico quer a «lesão» no âmbito do consentimento. A. M. ALMEIDA COSTA (n. 1), pp. 688 e ss., nota 243

¹¹⁸ M. COSTA ANDRADE (n. 16), pp. 271 e ss. COSTA ANDRADE acolhe a distinção, apresentada por ROXIN, entre *auxílio à autocolocação em perigo* (ex.: A, desafiado por B, aceita participar numa perigosa corrida de motos. A despista-se e acaba por provocar a morte de B) e *heterocolocação em perigo consentida* (A, embriagado, convida B a fazer consigo uma viagem de automóvel, sendo que B aceita estando plenamente consciente do estado em que o primeiro se encontra). A diferença material é que no primeiro grupo a «pessoa domina a todo o momento com a sua própria decisão a medida em que se quer expor ao perigo procedente das suas próprias ações», enquanto que no segundo o lesado é deixado «à mercê de um desenvolvimento imprevisível que, por vezes, não pode ser controlado nem interrompido num estágio em que ainda o pode fazer quem se põe em perigo a si mesmo». Segundo o autor, estas figuras, juntamente com o *auxílio à autolesão* (auxílio ao suicídio ou à automutilação), partilham em comum com o *consentimento* a circunstância de a atitude do ofendido repercutir-se na responsabilidade penal do agente (diminuindo ou excluindo a responsabilidade por negligência). Dir-se-á, de harmonia com a tese defendida, não obstante o consentimento se aproxime da *heterocolocação em perigo consentida* e, por sua vez, se afaste da *autolesão* por referência ao *quantum* de domínio do facto do agente, a verdade é que, atendendo ao significado material, observa-se uma comunicabilidade entre *consentimento* e *autolesão*, pois, constituindo puras expressões da autonomia pessoal, em ambos os casos o titular do bem jurídico quer o resultado. Sendo que, tratando-se de bens jurídicos disponíveis, não se verifica qualquer lesão.

e como já se teve oportunidade de expor, nas hipóteses de consentimento, a tipicidade da conduta é excluída precisamente porque ocorre a livre disposição de um bem jurídico pessoal, convertendo a conduta do terceiro, ao conformar essa liberdade, numa forma (entre muitas) de realização do bem jurídico.

Por fim, o consentimento diz respeito a uma situação concreta e abrange os diversos elementos da ação, isto é, a identificação do(s) agente(s) e as circunstâncias de tempo, lugar e modo. MAURACH¹¹⁹ defende que quem consente pode restringir a renúncia ao bem jurídico a determinadas ações do destinatário do consentimento. Assim, segundo o autor, alguém pode aceitar participar numa viagem de automóvel, sob a condição de que não seja excedido certo limite de velocidade. Assim, no que concerne à ação, o consentimento «só pode valer dentro do âmbito que foi declarado. Um qualquer desvio, mesmo de pormenor, transforma toda a acção num *aliud* do ponto de vista do consentimento outorgado, deixando, por isso, subsistir a punibilidade»¹²⁰.

d) Capacidade de compreensão

Para que o consentimento prestado consubstancie um ato de autodeterminação pessoal, a lei exige que quem consente seja capaz. Esta capacidade, prevista no n.º 3 do art. 38.º CP, pressupõe, além do limite formal de 16 anos, a existência do discernimento necessário para avaliar o sentido e o alcance do consentimento no momento em que o presta. Se o primeiro requisito assenta na presunção de que alguém com idade inferior a 16 anos carece de capacidade para tomar decisões responsáveis, o segundo parte do reconhecimento de que, apesar da maioridade, muitas vezes falta o equilíbrio mental para o fazer (casos de, por exemplo, anomalia psíquica ou embriaguez).

De harmonia com a tese defendida, os requisitos do art. 38.º CP são aplicáveis a qualquer manifestação de consentimento, abrangendo por isso, ao abrigo da doutrina dualista¹²¹, quer as hipóteses de *Consentimento*, quer as que são assimiláveis ao *Acordo*. Como já foi antes referido, este normativo pode ser derogado por pressupostos especialmente previstos nos concretos tipos-de-ilícito ou em legislação avulsa. Assim, a título de exemplo, na

¹¹⁹ R. MAURACH/ H. ZIPF (n. 36), pág. 296.

¹²⁰ M. COSTA ANDRADE (n. 16), p. 361.

¹²¹ Distinção que, apesar de não se acolher enquanto sistematização dogmática (em virtude de se defender que todo o consentimento penalmente relevante exclui a tipicidade), é utilizada para facilidade de exposição.

doação de tecidos e órgãos para transplantes, a lei¹²² prevê que o menor, desde que possua «capacidade de entendimento e de manifestação de vontade», possa prestar o consentimento em conjunto com os representantes legais. A prática da esterilização por razões de ordem não terapêutica, por sua vez, está vedada a menores de 25 anos¹²³.

É comum, para quem apoia a bipartição, defender que nos casos de *Acordo* bastaria a mera vontade natural, ao passo que nos de *Consentimento* já se exigiria uma vontade responsável e lúcida (baseada no entendimento suficiente do sentido e alcance da intervenção). Esta opinião seria, à partida, coerente com a ideia, sustentada pela doutrina dualista, de que o art. 38.º incide apenas sobre as situações reconduzíveis ao *Consentimento*, enquanto causa de exclusão da ilicitude. Acontece que muitos dos casos de *Acordo* referem-se a crimes cujo bem jurídico protegido é precisamente a liberdade na sua pura factualidade¹²⁴. Com efeito, será difícil sustentar que os amigos que um jovem de 15 anos convida para sua casa praticam o crime de *Violação de domicílio* (art. 190.º CP) ou de *Furto* (art. 203.º CP) quando lhes oferece a sua *Playstation* antiga. Na verdade, estão em causa comportamentos socialmente adequados, em relação aos quais não se justifica impor um limite de idade. Nestes casos, a apreciação da capacidade para consentir relaciona-se com a interpretação dos elementos do concreto tipo (designadamente o bem jurídico), o que de forma alguma compromete a abrangência do n.º 3 do art. 38.º nos termos aludidos.

Cumpra ainda fazer a seguinte ressalva: não é pelo facto de uma decisão ser incompreensível aos olhos do “cidadão médio”¹²⁵, que se conclui pela inexistência de capacidade de compreensão. Dentro dos limites da disponibilidade do bem jurídico, o consentimento será eficaz desde que exista o entendimento correto do sentido e alcance do facto consentido.

¹²² Lei n.º 12/93, de 22 de Abril, art. 8.º, na versão da Lei 22/2007, de 29 de Junho).

¹²³ A apreciação sobre a justeza desta solução não cabe no presente trabalho. Afigura-se, todavia, pertinente a observação de ROXIN quando, defendendo dever ser inatendível a pretensão de esterilização por parte de alguém com 17 anos, afirma «uma pessoa jovem ainda em desenvolvimento não pode, na sua imaturidade, dar-se conta de que talvez mais tarde gostaria de fundar uma família e então aí se arrependeria amargamente da intervenção irreparável». C. ROXIN (n. 3), p. 538.

¹²⁴ C. ROXIN (n. 3), pp. 536 e ss. Segundo STRATENWERTH, se a lesão afeta uma relação fáctica de domínio (v.g., furto), o *consentimento natural* (aquele que podem prestar as crianças ou os doentes mentais) será suficiente – G. STRATENWERTH (n. 9), pp. 125 e ss.

¹²⁵ R. MAURACH/H. ZIPF (n. 36), p. 297.

e) Conhecimento do consentimento

Atente-se agora na seguinte hipótese: A subtrai um colar valioso pertencente a B, seu parente, ignorando que este pretendia oferecer-lho por altura do Natal. Apesar de haver conformidade entre a conduta e a vontade de disposição do bem jurídico, poderá, ainda assim, perante o desconhecimento dessa vontade por parte do agente, entender-se que o consentimento exclui a tipicidade do facto?

Independentemente do enquadramento dogmático que se conceda a este tipo situações, a lei ordena que lhes seja aplicada a consequência prevista para as hipóteses de tentativa. Assim, de acordo com o art. 38.º, n.º 4 do CP, «se o consentimento não for conhecido do agente, este é punível com a pena aplicável à tentativa».

COSTA ANDRADE¹²⁶, defensor da concepção dualista, reconduz apenas as hipóteses de *Acordo* à figura da tentativa inidónea, pois, havendo aqui uma realização «positiva e autêntica da liberdade tipicamente protegida», não ocorre lesão do bem jurídico (e, portanto, inexistente desvalor de resultado). Já nas hipóteses de *Consentimento* (subsumíveis, segundo o autor, ao art. 38.º, n.º 4), COSTA ANDRADE¹²⁷ considera que, contrariamente ao que se passa no *Acordo*, aqui produz-se a efetiva lesão do bem jurídica, havendo, por isso, desvalor de resultado¹²⁸. Simultaneamente, sendo o conhecimento da situação de consentimento elemento da causa de justificação¹²⁹, a ilicitude da conduta não é afastada, dando, pois, lugar a um crime consumado. COSTA ANDRADE afirma, contudo, que «a qualificação do facto como consumação não prejudica as soluções prático-jurídicas consideradas mais justas ou político-criminalmente mais acertadas (...) nos termos da atenuação especial vigente para a tentativa». Por isso, segundo o autor, a aplicação da pena prevista para a tentativa será «descontinua e parcial – circunscrita à medida abstracta da pena».

No polo oposto encontramos quem considere que não existe nem desvalor do resultado, nem desvalor de ação, advogando pela impunidade. GERMANO MARQUES DA SILVA argumenta que não é possível separar «a ilicitude do comportamento da licitude do evento, pois o facto é não só o comportamento como o evento; é o conjunto que é valorado, porque é o

¹²⁶ M. COSTA ANDRADE, (n. 16), pp. 521 e ss.

¹²⁷ *Ibid.*, pp. 536 e 537.

¹²⁸ Também neste sentido, M. F. PALMA, dizendo que o que fundamenta a punibilidade é «a proteção assegurada pelo direito ao bem jurídico afetado». M. F. PALMA, (n. 27), pp. 314-315.

¹²⁹ Neste sentido, também A. TAIPA DE CARVALHO (n. 24).

comportamento gerador do evento que a lei quer evitar»¹³⁰. Assim, o autor conclui não haver tentativa porque «a vontade criminosa não pode por si só constituir crime». Não obstante, rejeita a impunidade. Por conseguinte, procurando indagar as razões que estiveram na origem da consagração do n.º 4 do art. 38.º, observa que, embora exista renúncia à tutela do interesse e, portanto, falte bem jurídico digno de tutela, «sempre existiria perigo objetivo, ainda que só aparente, que pode causar alarme e intranquilidade social a poder justificar a punição em termos análogos à tentativa».

Os autores que encaram o consentimento como causa de atipicidade, tendem a considerar que quando o agente não tenha conhecimento do consentimento objetivamente existente, estamos perante uma tentativa inidónea. Isto porque existe o desvalor de ação ao qual, porém desacompanhado do desvalor de resultado (em virtude de não haver qualquer lesão do bem jurídico). Parece assistir razão a esta última qualificação dogmática. Com efeito, partindo da conceção monista, e da opinião de que o consentimento, sempre que admissível, exclui o preenchimento da factualidade típica, defendemos que, não havendo lesão do bem jurídico, não se realiza o tipo objetivo. Não obstante, observa-se exatamente o mesmo conteúdo de antinormatividade que fundamenta a punibilidade da tentativa (inidónea), pois o autor atua com dolo típico completo.

Em conformidade, deverá interpretar-se o art. 38.º, n.º 4 no sentido de que prescreve a aplicação direta do regime da tentativa, i.e., a figura e o regime na sua globalidade, com a consequência prática da impunibilidade para sempre que ao respetivo crime consumado corresponder pena superior a 3 anos de prisão (art. 23.º, n.º 1 CP). Desta forma, é de rejeitar a opinião sustentada por COSTA ANDRADE que, qualificando dogmaticamente as situações em apreço como crimes consumados, sustenta que as «regras da tentativa são apenas aplicadas porquanto a imputação do resultado levaria a soluções desajustadas», propondo o recurso analógico (e não direto) ao regime da tentativa, limitado à medida abstrata da pena.

¹³⁰ G. MARQUES DA SILVA (n. 6), p. 146.

III. Consentimento presumido

Pode ocorrer uma lesão de bens jurídicos penalmente relevante, em condições tais, que é possível supor que o respetivo titular teria consentido se conhecesse as circunstâncias em que o facto foi praticado. São exemplos comuns: *A* procede a uma intervenção médica no paciente *B*, que se encontra inconsciente, sendo que o adiamento da decisão pode trazer graves consequências para a sua saúde; *C* danifica a porta da casa de *D* a fim de entrar e fechar uma torneira que se encontra aberta e está a causar uma inundação; *E* abre a correspondência dirigida a *F*, pois o conhecimento do seu conteúdo afigura-se urgente.

Estas situações são reconduzíveis à categoria do “consentimento presumido”. Dispõe o n.º 2 do art. 39.º do CP que «há consentimento presumido quando a situação em que o agente actua permitir razoavelmente supor que o titular do interesse juridicamente protegido teria eficazmente consentido no facto, se conhecesse as circunstâncias em que este é praticado». A conduta realizada nos termos enunciados torna-se lícita por força da equiparação ao consentimento efetivo (art. 39.º, n.º 1). Todavia, importa perguntar se esta equiparação é apenas referente aos requisitos de eficácia previstos no art. 38.º, ou se é extensível à fundamentação e enquadramento dogmático que se reconhece ao consentimento efetivo.

Uma das concepções qualifica o consentimento presumido como uma subespécie do estado de necessidade justificante (art. 34.º CP). A intervenção na esfera jurídica alheia estaria justificada em virtude não da renúncia a um interesse, mas da salvaguarda de um interesse do ofendido reputado como superior segundo critérios objetivos (ponderação de interesses). De acordo com WELZEL¹³¹, não havendo aqui a manifestação de vontade do titular do bem jurídico, a sua vontade presumida representaria apenas um limite à eficácia justificante do estado de necessidade, i.e., ao eventual excesso de zelo por parte do agente. Segundo o autor, combina-se o fundamento subjacente ao consentimento com a consideração de ordem jurídico-material de que não há uma lesão formal do Direito quando se atua materialmente no interesse do afetado pela conduta¹³².

¹³¹ H. WELZEL, (n. 7), p. 111.

¹³² Segundo WELZEL, este princípio recobre as situações de correção adequada de crianças por extremado mau comportamento, na ausência dos responsáveis pela educação.

Outra corrente¹³³ defende que o que releva – tal como no consentimento efetivo – é a autonomia do titular do bem. A eficácia do consentimento presumido assenta, não no interesse do ofendido, mas na presunção daquela que teria sido a direção da sua vontade, que só não foi manifestada por força de certas vicissitudes. Assim, a ilicitude da conduta é afastada por atenção ao consentimento que presumivelmente teria sido prestado se o titular do bem jurídico tivesse tido conhecimento das circunstâncias sob as quais o facto ocorreu. Assim sendo, o interesse do ofendido pode servir de indício dessa vontade, mas já não como critério definitivo¹³⁴. Ora, acompanhando FIGUEIREDO DIAS¹³⁵, admitimos que esta perspetiva se adequa «aos dados positivos da lei portuguesa», i.e., à equiparação prescrita no art. 39.º. Como afirma TAIPA DE CARVALHO, ao prever tal equiparação, «o legislador está a dizer que o que releva, em definitivo, é a vontade (o que segundo o juízo *ex ante*, é suposto corresponder à vontade) e não o interesse».

Não negando a importância de atender à vontade real da pessoa (ainda que presumida) e, portanto, à sua autonomia, a equiparação absoluta entre consentimento efetivo e consentimento presumido suscita-nos algumas reservas. Nisto divergindo da posição que acabamos de expor, não parece que se possa encarar o consentimento presumido como uma modalidade de consentimento.

Antes, acompanhamos ROXIN¹³⁶ quando atribui ao consentimento presumido a categoria de causa de justificação, colocando este instituto num plano diverso do consentimento efetivo (considerado pelo autor causa de exclusão da tipicidade). Contrariamente ao consentimento efetivo, onde o titular do bem jurídico atua ao abrigo da sua autonomia, não se vendo, por isso, lesado na sua esfera jurídica, o facto praticado com base numa presunção de consentimento implica a interferência na esfera jurídica alheia, e, consequentemente, o preenchimento do tipo. Deste modo, ROXIN considera que o consentimento presumido constitui uma categoria dogmática autónoma, situando-se entre o consentimento e o estado de necessidade justificante. Distingue-se do consentimento porque, enquanto este configura uma manifestação da vontade, «o consentimento presumido é uma construção normativa»¹³⁷. Por

¹³³ G. STRATENWERTH, pp. 135 e ss; J. FIGUEIREDO DIAS (n. 15), pp. 489 e ss. De acordo com FIGUEIREDO DIAS, o consentimento efetivo assenta na ideia de que «a autodeterminação do lesado não é ofendida quando o agente, numa consideração objectiva e ex ante, pratica solidariamente o facto numa situação em que uma decisão não pode ser retardada» - *Ibid.*, p. 491.

¹³⁴ A. TAIPA DE CARVALHO (n. 24), p. 456.

¹³⁵ J. FIGUEIREDO DIAS (n. 15), p. 491.

¹³⁶ C. ROXIN (n. 3), pp. 765 e ss.

¹³⁷ Expondo as diferenças entre consentimento presumido e consentimento efetivo, KINDHÄUSER afirma que «enquanto que o consentimento é expressão da autonomia, quem atua a coberto do consentimento presumido intervém na autonomia alheia». U. KINDHÄUSER (n. 34), p. 581.

outro lado, distancia-se do estado de necessidade porque a justificação «não depende de uma ponderação objetiva de interesses, mas da vontade hipotética do titular do bem jurídico».

Propendemos pela adesão ao entendimento sufragado por ROXIN. Abordando o problema à luz daquela que é a conceção adotada no presente trabalho, cremos que as divergências que apresentam as duas figuras em análise não permitem reconduzi-las à mesma categoria dogmática. Vejamos, o consentimento releva para o direito penal enquanto causa que afasta a tipicidade do facto porque a disposição do bem jurídico materializada na conduta consubstancia uma forma de realização da pessoa, na concreta dimensão correspondente ao bem jurídico sob tutela. Ora, não parece ser esta a realidade presente na fenomenologia do consentimento presumido. Em boa verdade, aqui não se verifica a manifestação de vontade livre, séria e esclarecida do portador do bem jurídico que, na interação direta e atual com a conduta, permite que esta configure a realização da sua autonomia. Conclui-se, então, que o consentimento presumido, diferentemente do consentimento efetivo, não afasta a tipicidade da conduta.

Apesar de se tratar de um comportamento típico, não se afigura, todavia, exigível impor a quem intervém na esfera jurídica alheia, atuando ao abrigo daquela que supõe ser a vontade do titular do bem jurídico, um comportamento conforme ao direito. Por conseguinte, o consentimento presumido assenta na *inexigibilidade objetiva*, que, à luz da tese do ilícito pessoal desenvolvida por A. M. ALMEIDA COSTA, configura «o critério que confere unidade e congruência às múltiplas projecções da justificação»¹³⁸.

Agora, mesmo propondo a assimilação do consentimento presumido às causas de justificação, não cremos que consubstancie uma subespécie de estado de necessidade. Pois, como explica KINDHÄUSER¹³⁹, a decisão é alcançada, não mediante uma ponderação de interesses segundo padrões valorativos supra-individuais, mas em conformidade com os padrões do próprio titular (mesmo que estes pareçam irracionais segundo uma valoração abstrata). Daí que, de acordo com o exemplo apresentado por STRATENWERTH¹⁴⁰, havendo o

¹³⁸ A. M. ALMEIDA COSTA, (n. 1), pp. 640 e ss., nota 160. Segundo o autor, à luz da tese do ilícito pessoal, “sempre terá de ser o mesmo fundamento material que preside à declaração da ilicitude e/ou justificação”. Assim, se a ilicitude assenta na «exigibilidade *objetiva*», i.e., na conduta “cuja abstenção a ordem jurídica entende «exigível» em nome da preservação das condições indispensáveis à convivência comunitária”, na exclusão da ilicitude estará em causa a fixação “dos limites para além dos quais o direito considera *inexigível* à «pessoa social» a abstenção de condutas atentatórias de bens jurídicos”.

¹³⁹ U. KINDHÄUSER (n. 34), pp. 580 e ss.

¹⁴⁰ G. STRATENWERTH (n. 9), p. 134.

conhecimento das convicções religiosas de um paciente que é testemunha de Jeová e, por isso, recusa transfusões de sangue, é inaceitável que se ignore a vontade do sujeito por apelo ao seu verdadeiro interesse.

Resumindo, o ordenamento jurídico considera conforme ao direito o comportamento lesivo da esfera jurídica alheia se esse comportamento, motivado por uma situação de necessidade, for baseado na vontade presumida do titular do bem jurídico. Ficciona-se, portanto, a partir de critérios objetivos e de uma perspectiva *ex ante* a vontade do concreto sujeito, mesmo que segundo critérios objetivos, essa vontade pareça contrária aos seus interesses¹⁴¹. Pois, de outro modo não se poderia justificar a intervenção na sua autonomia.

Finalmente, quanto aos requisitos de eficácia, para além dos pressupostos que decorram da equiparação aludida (desde que compatíveis com a natureza do consentimento presumido), depreende-se do art. 39.º que o consentimento presumido é eficaz se reunidas as seguintes condições: a) necessidade urgente de praticar o facto; b) impossibilidade de o titular do interesse juridicamente protegido manifestar a sua vontade; c) Presunção de que este, colocado nas mesmas circunstâncias, teria efetivamente consentido no facto.

Conclui-se, pois, que quando alguém se depara com a necessidade de praticar um facto suscetível de lesar a esfera jurídica de um terceiro mas onde, devido à urgência da situação, não consegue obter em tempo útil a anuência dessa pessoa, atua lícitamente e conforme ao direito se, atendendo aos dados da experiência e aos conhecimentos especiais, puder razoavelmente supor que o titular do bem jurídico consentiria.

¹⁴¹ Aliás, o bem jurídico que se visa preservar pode até ser em abstrato inferior ao bem ao bem lesado, se tal corresponder à vontade real do titular (v.g. *A* constata que ocorre uma inundação na habitação de *B*, seu vizinho, fruto de uma torneira que ficou aberta. Como *B* se encontra ausente, a única forma de salvar o recheio da casa é arrombando a porta. Uma vez que *A* sabe perfeitamente que *B* tem aquela porta em elevada estima, acima de qualquer outra coisa, e que, se colocado naquela situação, presumivelmente rejeitaria a destruição da porta, *A* cometeria um crime de dano se optasse por dar prevalência ao bem que numa ponderação abstrata e objetiva seria mais valioso).

Conclusão

Foram apresentadas as linhas gerais do pensamento dogmático sobre o instituto jurídico-penal do consentimento. Afastando-nos da concepção majoritária em Portugal, e acompanhando de perto os desenvolvimentos doutrinários do autor alemão CLAUS ROXIN, cremos que o consentimento consubstancia, não uma causa de justificação, mas sempre uma causa de exclusão da tipicidade. Partindo do pressuposto que os bens jurídicos pessoais e disponíveis encerram concretizações do livre desenvolvimento da personalidade, entendemos que eles incluem não apenas o substrato material, mas são formados pela unidade que resulta da interação entre esse substrato e a vontade. Consequentemente, dentro dos limites que o direito impõe ao poder de disposição, a conduta que implica uma intervenção na esfera jurídica alheia será sempre atípica se conformada pela vontade do titular em questão. O mesmo é dizer que a lesão do bem jurídico depende do desrespeito pela vontade do seu titular.

Não se acolhe, por isso, a concepção dualista que estabelece a distinção entre crimes onde a liberdade é elemento do tipo e por isso o *Acordo* exclui a tipicidade, e aqueles onde a liberdade é apenas um bem jurídico independente e autónomo em relação ao bem jurídico protegido pela norma, pelo que aqui o *Consentimento* exclui apenas a ilicitude se, mediante um juízo de ponderação de interesses, o interesse da autonomia pessoal prevalecer sobre o interesse materializado no bem jurídico, digno de proteção *per si*. Como dissemos, o bem jurídico não se confunde com o objeto de proteção concebido naturalisticamente. A autonomia da pessoa é, por isso, indissociável do conteúdo do bem jurídico e é ela que lhe imprime sentido. Assim, qualquer lesão penalmente relevante terá necessariamente de comportar o desrespeito pela liberdade implicada no bem jurídico atingido. A ausência deste pressuposto, i.e., a ação baseada no consentimento do (formalmente) ofendido, importa o não preenchimento do tipo incriminador, pelo que a conduta é *ab initio* desprovida de dignidade penal. Do ponto de vista formal, esta concepção é perfeitamente compatível com a norma geral do consentimento prevista no art. 38.º do CP, sendo que os respetivos requisitos de eficácia, quando tal não decorra dos concretos tipos legais, são aplicáveis a qualquer manifestação de consentimento.

Como se viu, a relevância penal do consentimento está intimamente ligada ao reconhecimento do poder de disposição da pessoa sobre os seus próprios interesses. As principais dificuldades surgem na definição dos limites a essa disponibilidade. Para além das restrições que resultam da lei, muitas vezes concretizadas na incriminação de certas condutas

onde o consentimento é irrelevante, ou através de imposições específicas, o âmbito da disponibilidade dos bens jurídicos (ou de dimensões desses bens) será definido com o recurso à cláusula dos bons costumes que, todavia, por força da sua indeterminabilidade, ficará sempre sujeita a uma interpretação cautelosa e restritiva.

Bibliografia

- ALMEIDA COSTA (A.), Ílicito pessoal, imputação objectiva e comparticipação em direito penal, Coimbra: Almedina, 2014.
- CAVALEIRO DE FERREIRA (M.), Direito Penal Português: Parte Geral, 2.^a ed., Lisboa: Verbo, 1982.
- CAVALEIRO DE FERREIRA (M.), Lições de Direito Penal, reimp. da 4.^a ed., Lisboa: Almedina, 1992.
- CORREIA (E.), Direito Criminal II, Coimbra: Almedina, 1965.
- COSTA ANDRADE (M.), Consentimento e acordo em direito penal (Contributo para a fundamentação de um paradigma dualista), Coimbra: Coimbra Editora, 1991.
- COSTA ANDRADE (M.), Comentário Conimbricense do Código Penal (Dirigido por J. FIGUEIREDO DIAS), T. I., 2.^a ed., Coimbra: Coimbra Editora, 2012, art. 149.º.
- FARIA COSTA (J.), Noções fundamentais de direito penal, 4.^a ed., Coimbra: Almedina, 2012.
- FIGUEIREDO DIAS (J.), Direito penal. PG I, 2.^a ed., Coimbra: Coimbra Editora, 2007.
- JAKOBS (G.), Derecho penal: parte general: fundamentos y teoría de la imputación, trad. Joaquin Cuello Contreras, Jose Luis Serrano Gonzalez de Murillo, 2.^a ed., Madrid: Marcial Pons, 1997.
- JESCHECK (H.-H.)/WEIGEND (TH.), Derecho Penal. P.G., Trad. Miguel Olmedo Canadete, 5.^a ed., Granada: Comares, 2003.
- KINDHÄUSER (U.), «El consentimiento en el Derecho penal. Reflexiones desde la teoria de las normas» (trad. de Juan Pablo Mañalich R.), Boletim da faculdade de Direito, Estudos em Homenagem ao Prof. Doutor Jorge de Figueiredo Dias. Volume II (Org. M. Costa Andrade, Maria João Antunes, Susana Aires de Sousa), Coimbra, 2009, pp. 559-582.
- MARQUES DA SILVA (G.) – Direito Penal Português. Parte Geral, vol. II, 2.^a ed., Verbo, Lisboa, 1995.

MAURACH (R.)/ ZIPF (H.), Derecho Penal: P.G. I, Trad. Jorge Bofill Genzsch, Enrique Aimone Gibson, Buenos Aires: Astrea, 1994.

MEZGER (E.), Derecho penal. Libro de estudio. Parte General, trad. de Conrado A. Finzi, Buenos Aires, Editorial Bibliográfica Argentina, 1958.

PALMA (Maria Fernanda), Direito penal. Parte geral, «A Teoria Geral da infracção como Teoria da Decisão Penal», Lisboa, AAFDL, 2013.

ROXIN (C.), Derecho Penal. Parte General, t. I, trad. Diego-Manuel Luzón Peña, Miguel Díaz y García Conlledo y Javier de Vicente Remesal, Madrid, Civitas, 1997.

SOUSA ABRUNHOSA (I.), *O Crime de Abuso Sexual de Crianças, Uma Análise Jurisprudencial*, Porto, 2015.

STRATENWERTH (G.), Derecho Penal. Parte General I – El hecho punible, trad. Gladys Romero, Madrid, Edersa, 1982.

TAIPA DE CARVALHO (A.), Direito Penal. Parte Geral – Questões Fundamentais/Teoria Geral do Crime, 2.^a ed., Coimbra, Coimbra Editora, 2014.

WELZEL, (H.), Derecho Penal Aleman. Parte General, trad. Juan Bustos Ramírez e Sergio Yáñez Pérez, 4.^a ed., Santiago, Editorial Juridica de Chile, 2002.